IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO

DA

LUIGI CHIESI

DI REGGIO.

VOLUME PRIMO.

FIRENZE.
COI TIPI DI FELICE LE MONNIER.

1853.

Trovasi vendibile:

IN REGGIO
PRESSO STEFANO CALDERINI E C.

IN MODENA
PRESSO NICOLA ZANICHELLI E C.

IL SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO.

IL
SISTEMA IPOTECARIO

ILLUSTRATO

DA

LUIGI CHIESI

DI REGGIO.

VOLUME PRIMO.

FIRENZE.
A SPESE DELL'AUTORE.

1853.

AI GIURECONSULTI

DELLA CITTÀ DI REGGIO.

Vade, liber, verbisque meis loca grata saluta.
(OVID., *Trist.*, lib. I, Eleg. I.)

Per ingannare il penoso ozio dell' esilio mi sono messo nell' animo di pubblicare una Operetta sul Sistema Ipotecario. Sono stato buona pezza in forse sul metodo, al quale io dovessi attenermi, onde mi potesse venir fatto di dar fuori un libro, che ai Giovani della Giurisprudenza studiosi fosse di qualche prò. Alla fine avvisando che il Sistema Ipotecario del Codice Napoleone, cui con alcune modificazioni ed utilissimi emendamenti adottarono le moderne legislazioni, è oramai il Diritto Comune nella materia delle ipoteche di una gran parte dei paesi d' Europa, ho stimato migliore partito illustrare il titolo decimo ottavo del libro terzo del lodato Codice, che la materia contiene dei privilegi e delle ipoteche, e di venire di mano in mano accennando alle disposizioni, ora conformi, ora disformi e correttive, dei Codici delle Due Sicilie, di Sardegna, di Parma, di Modena, del Regolamento Legislativo degli Stati Pontificj del 10

novembre 1834, e del Motuproprio del 2 maggio 1836 del Gran-Duca di Toscana. Con questo metodo mentre mi fo ad esaminare le massime stabilite dal Codice Napoleone, quelle ad un tempo considero delle diverse leggi che sono in vigore nei paesi d'Italia, di cui ho fatto menzione. In Francia, dove da molti anni si sente il bisogno della riforma del Sistema Ipotecario, il Ministro di Giustizia Rouher sotto l'ultima Repubblica presentò il 4 aprile 1850 a nome del Governo all'Assemblea Legislativa un Progetto, col quale veniva modificata la legge sulle ipoteche scritta nel Codice Francese; (1) ma la Commissione, a cui fu dato l'incarico di esaminarlo, compilò un Progetto nuovo, che rassegnò alla stessa Assemblea il 25 aprile 1850 il Relatore della Commissione il chiarissimo Vatimesnil. (2) Quest' ultimo Progetto, il quale non era che la riproduzione letterale del titolo decimo ottavo del libro terzo del Codice Civile Francese con forse venti importantissime modificazioni, fu dalla lodata Assemblea discusso ed approvato nella prima (3) e nella seconda deliberazione; (4) e già era per darsi mano alla terza; quando il colpo, che spense l'Assemblea e la Repubblica, lasciò l'opera imperfetta, e la riforma ipotecaria un desiderio ed una speranza del popolo francese. Delle diverse modificazioni che il Progetto Vati-

(1) Moniteur Universel, 5 avril 1850, n. 95.
(2) Moniteur Univ., 26 avril 1850, n. 116.
(3) Moniteur Univ., 26 juin 1850, n. 177.
(4) Moniteur Univ., 12, 15, 17, 18, 24, 26, 27 décembre 1850, n. 346, 349, 351, 352, 358, 360, 361; — 5, 78, 9, 13, 15, 16, 22, 23 février 1851, n. 5, 7, 8, 9, 44, 46, 47, 53, 54; — e 11 mars 1851, n. 70.

mesnil (1) recava al titolo decimo ottavo del libro terzo del Codice Francese mi è parso bene tener parola in questo mio libro; e ciò faccio tanto più volentieri, perchè una gran parte di esse trovansi già scritte nei Codici e nelle Leggi Italiane. Questo Sistema Ipotecario moderno, di cui si è menato e si mena tanto rumore, è poi veramente, come alcuni si credono, una nuova istituzione? I Giovani, ai quali basterà la pazienza di leggere questo mio libro, vedranno che il Sistema Ipotecario moderno ha di nuovo poco più che la veste e la forma, e che vincoli sì stretti di parentela lo legano all' antico sistema romano, che senza la scorta e la fiaccola di quel Codice immortale, monumento prezioso di civile sapienza, che i responsi, o, per meglio dire, gli oracoli racchiude degli antichi Giureconsulti di Roma, invano presumerebbe il giurisperito di potersi addentrare nello spirito e nella ragione del Sistema moderno. Io credo impresa sempre utile il ritirare le instituzioni buone verso i loro principj, e animato da questo scopo mi sono proposto di mostrare con questo mio libro, che lo studio del moderno Sistema Ipotecario non può e non deve in alcuna maniera scompagnarsi da quello delle Romane Leggi, le quali anche nella materia ipotecaria spargono tanta luce, quanta è necessaria allo scioglimento delle più difficili e spinose controversie.

E Voi, o egregi Giureconsulti della mia diletta

(1) Siccome nel corso di quest' Opera mi accadrà spesse fiate di citare il Progetto presentato all' Assemblea legislativa della Repubblica Francese del Ministro Rouher, e quello della Commissione, così il primo chiamerò *Progetto Rouher*, ed il secondo *Progetto Vatimesnil.*

Patria, al cui ceto io pure, benchè ultimo per ingegno e per merito, mi glorio di appartenere, non disgradite ch' io v' intitoli questo piccolo lavoro, sebbene destinato unicamente ad iniziare i Giovani, che allo studio si danno della Giurisprudenza, nella scienza ipotecaria. So che è tenue cosa, e quale si poteva scrivere da povera mente, travagliata da dolori e sventure:

Exul eram; requiesque mihi, non fama petita est;
Mens intenta suis ne foret usque malis.

(Ovid., *Trist.*, lib. IV, Eleg. 1.)

Qualunque esso sia, fidato alla vostra benignità ed indulgenza a Voi lo offro; e vi piaccia accoglierlo siccome un rispettoso tributo di profonda stima, e qual pegno di affetto non perituro del

Vostro concittadino e collega
LUIGI CHIESI.

Firenze 3 maggio 1853.

SISTEMA IPOTECARIO.

CAPO I.

DISPOSIZIONI GENERALI.

Articolo 2092.

Chiunque siasi obbligato personalmente è tenuto ad adempire alle contratte obbligazioni sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobiliari ed immobiliari, presenti e futuri.

1. Ogni obbligazione è un vincolo. Infatti Giustiniano (1) definisce l'obbligazione: « Vinculum juris, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. » È notissima la distinzione che si fa della obbligazione in naturale, civile e mista. Ma la obbligazione veramente efficace in faccia alla legge civile si è la obbligazione mista, quella cioè che essendo appoggiata alla equità naturale ed alla ragione civile dà diritto al creditore di costringere coi rimedj legali il debitore all' adempimento (2). Perciò Ulpiano nella L. 10 D. *De verbor. signif.* nega il nome e la qualità di creditori a quelli, il cui diritto sorga da una obbligazione semplicemente naturale, « quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. » È ben vero che la obbligazione strettamente civile, a differenza della obbligazione naturale, dà azione; ma è vero altresì, che l' azione derivante da una obbligazione strettamente civile è resa inutile ed inefficace da una eccezione perentoria accordata al debitore. Per questa ragione la L. 55 D. *De ver-*

(1) Instit. lib. 3. tit. 14. pr.
(2) Vinnii Comment. Instit. lib. 3. tit. 14. pr.

bor. signif. definisce il creditore: « Creditor is est, qui exceptione perpetua summoveri non potest. » Per la stessa ragione il giureconsulto Paolo nella L. 112 D. *De div. reg. jur.* insegna: « nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. » Alla definizione del creditore data da Ulpiano corrisponde esattamente la definizione che del debitore dà Modestino nella L. 108 D. *De verbor. signif.:* « Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest. » La quale definizione non conviene nè a chi è obbligato in forza di una obbligazione naturale, nè a chi è obbligato in forza di una obbligazione strettamente civile. Imperocchè contro il primo non compete azione; ed il secondo respinge e rende vana l' azione con una eccezione perentoria.

2. La obbligazione è un vincolo della persona. Questo principio viene chiaramente stabilito dal giureconsulto Paolo nella L. 3 D. *De oblig. et action.:* « Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. » Diverse sono le cause, da cui le obbligazioni possono avere origine, e ne fa fede nel § 2 Inst. tit. *De oblig.* l' imperator Giustiniano; ma qualunque siano le cause e le fonti delle obbligazioni, o nascano da contratto, o da delitto, o pure *ex variis causarum figuris,* come dice Gajo nella L. 1 pr. D. *De obl. et act.,* il vincolo che ne sorge è sempre in ogni caso un vincolo della persona. Da questo vincolo, onde è legato il debitore, nasce il diritto nel creditore di costringere lo stesso debitore, o chi legittimamente lo rappresenta, all' adempimento del suo obbligo col rimedio legale della competente azione, come insegna la L. 13 C. *De obl. et act.* « Eum, cui mutuam dedisti pecuniam, ad solutionem urgere competenti debes actione.» E questa competente azione, che spetta al creditore contro il debitore, è necessariamente un' azione personale. Essendo personale il vincolo che nasce dalla obbligazione, della stessa indole, ossia personale, deve essere l' azione che da questo vincolo deriva. Giova di ben fissare questo principio, fecondo di molte importantissime conseguenze, principio stabilito dalla L. 25 D. *De obl. et act.* « In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum, et semper adversus eundem locum habet. » Non è qui luogo certamente

di esaminare le molte differenze, che distinguono le azioni personali dalle reali, di cui fa cenno la citata L. 25; allo scopo nostro basti il notare, che è personale l'azione che nasce dalla obbligazione, e che compete soltanto contro la persona del debitore o degli eredi che lo rappresentano. Qualunque sia la causa della obbligazione, sia cioè un contratto, o un quasi contratto, o un delitto, nulla rileva; l'azione è sempre personale. Infatti Giustiniano nel § 2 Inst. *De act.*, dove fa la distinzione delle azioni in reali e personali, mette nel numero delle azioni personali quelle tutte che nascono da una obbligazione, sia che questa derivi dal consenso dei contraenti, o da un fatto criminoso.

3. Ma illusorie sarebbero le obbligazioni e le azioni personali dalle medesime derivanti, se la legge non desse al creditore il diritto di ottenere la soddisfazione del proprio avere sui beni del debitore condannato. La ragione stessa, di cui la legge civile deve essere l'espressione, vuole che chi ha contratta una obbligazione sia tenuto ad eseguirla, e che i suoi beni rispondano dell'adempimento. Egli è perciò che per Diritto Romano, passata in cosa giudicata la sentenza che condannò il debitore al pagamento, cominciava un secondo giudizio di mera esecuzione sulle sostanze del debitore, Le leggi 1ª e 2ª C. *De execut. rei jud.* mostrano chiaramente, come l'azione personale mossa dal creditore avesse per iscopo la condanna del debitore, e come i beni del condannato debitore fossero la materia e il soggetto del giudizio di esecuzione: « Nimis propere Judex pignora Marcellæ capi, ac distrahi jussit ante rem judicatam. Prius est ergo, ut servato ordine, actionem adversus eam dirigas: et causa cognita sententiam accipias. Si causam judicati non novasti, rem judicatam Præses Provinciæ etiam pignoribus captis ac distractis ad emolumentum perduci jubebit. » Non volevano le Leggi Romane, comechè avessero per legittimo il gius di servitù sulle persone, che il debitore condannato avesse a cadere sotto il dominio del creditore. È famosa la disposizione della L. 12 C. *De obl. et act.* « Ob æs alienum servire liberos creditoribus, jura compelli non patiuntur. » Che anzi la Novella 134, cap. 7, minacciò severissime pene contro i creditori, che avessero ardito di tenere in servaggio o in pegno la persona del debitore o dei figli di lui. Neppure davano diritto le Leggi Romane al creditore di domandare la cattura o sequestro personale del debitore.

Questo odioso rimedio era accordato in via straordinaria, dopo che era tornato inutile il giudizio di esecuzione sulle sostanze del debitore (1); e d' altra parte col rimedio della cessione dei beni, i cui effetti vengono determinati dalla L. 1 C. *Qui bonis ced. pos.*, poteva il debitore cessare il pericolo della cattura. Andavano inoltre sicure del pericolo della cattura, anche senza bisogno di ricorrere al benefizio della cessione dei beni, tutte le persone, di cui fanno menzione le Leggi 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 30, D. *De re judicata*, a cui era concesso il benefizio chiamato dai Giureconsulti *di competenza*.

4. I beni dunque del debitore sono per Gius Romano il mezzo, onde il creditore ottiene nel giudizio di esecuzione la soddisfazione del proprio credito; e dalla L. 15, § 2, D. *De re judicata*, la quale fissa l' ordine da osservarsi per gli esecutori della sentenza nel gravamento e nella vendita dei beni del debitore, si raccoglie come tutti i beni, mobili, immobili, diritti ed azioni, che compongono il patrimonio del condannato, siano alla vendita sottoposti. Cicerone nell' orazione *pro P. Quintio*, cap. 15, lamenta la tristissima condizione, a cui è ridotto il povero debitore, i cui beni furono all' asta pubblica venduti per decreto di Giudice ad istanza del creditore; e non sarà discaro al lettore ch' io trascriva le parole del grande Oratore: « Cujus bona venierunt; cujus non modo illæ amplissimæ fortunæ, sed etiam victus vestitusque necessarius sub præcone cum dedecore subjectus est; is non modo ex numero vivorum exturbatur, sed, si fieri potest, infra etiam mortuos amandatur. Etenim mors honesta sæpe vitam quoque turpem exornat: vita ita turpis ne morti quidem honestæ locum relinquit. » Ma d' altra parte il legislatore, accordando al creditore il diritto di far vendere giudizialmente le sostanze del debitore, che fallì a' suoi doveri, serve ad una necessità di pubblico interesse, in faccia alla quale devono tacere i sentimenti della pietà e della commiserazione. Non vuolsi però tacere, che sebbene la Legge Romana assoggetti tutto il patrimonio del debitore alla esecuzione domandata dal creditore, non si rimane del tutto indifferente ai riguardi dovuti alla umanità, e mossa anche da viste di pubblica utilità pone certi freni e limiti alle esigenze del creditore. Di ciò fa prova la L. 4, C. *De execut. rei jud.* « Stipendia retineri propterea, quod conde-

(1) Voet, in Pand., lib. 42. tit. 1. n. 45.

minatus es, non patietur Præses Provinciæ: cum rem judicatam possit aliis rationibus exequi. » E più di qualunque altra merita di essere a questo proposito rammentata la disposizione della L. 8, C. *Quæ res pignori obl. poss.* « Pignorum gratia aliquid, quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit. »

5. Dalle cose sin qui discorse chiaro apparisce, che la disposizione dell' articolo 2092 del Codice Napoleone non è che la ripetizione e conferma di un principio proclamato dalla Romana Giurisprudenza. Vuole esso pure il Codice Napoleone, che il debitore, sebbene obbligato personalmente, risponda non colla propria persona, ma co' beni proprj dell' adempimento delle sue obbligazioni, e non permette, quando trattasi di materia civile, l' arresto personale del debitore se non che per casi e per titoli determinati. A prevenire anzi gli abusi che la durezza dei creditori avesse potuto introdurre in danno della libertà individuale, dispone nell' articolo 2063 del titolo decimo sesto, che fuori dei casi determinati dalla legge è vietato a tutti i giudici di pronunciare l' arresto personale, a tutti i notaj e cancellieri di ricevere atti, ne' quali venisse ciò stipulato, ed a tutti gl' Italiani di acconsentire a simili atti, ancorchè fatti in paese estero; il tutto sotto pena di nullità, spese, danni ed interessi.

6. Per Gius Romano tutto il patrimonio del debitore, come si disse, deve rispondere delle sue obbligazioni. La L. 15, § 2. D. *De re judicata* assoggetta al giudizio di esecuzione non solo i beni mobili ed immobili, ma anche i diritti e le azioni, in difetto di altri beni: « Quod si nec quæ soli sunt sufficiant, vel nulla sint soli pignora; tunc pervenietur etiam ad jura. » La L. 8, pr. D. *De reb. auctor. Jud. poss.* comprende tra le cose che nei giudizj di esecuzione devono vendersi per la soddisfazione del creditore, persino il gius di usufrutto, sebbene un tale diritto sia dalla legge annoverato tra le servitù personali. « In venditionem bonorum etiam ususfructus veniat, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur. » L' articolo 2092 del Codice Napoleone fonda la garanzia del creditore su tutti i beni del debitore *mobiliari ed immobiliari*. Le quali espressioni generali *mobiliari* ed *immobiliari* abbracciano altresì i diritti incorporali e le azioni al debitore spettanti. E infatti la L. 1, D. § 1. *De div. rer.* fa delle cose una divisione generale in corporali ed incorporali, collocando nella classe delle corporali le cose mobili e le immobili: « Quædam res cor-

porales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ tangi possunt. Incorporales sunt, quæ tangi non possunt; qualia sunt ea, quæ in jure consistunt. » Il Codice Napoleone nell' articolo 517 non s' attiene alla divisione fatta dalla citata legge; ma distingue i beni in mobili ed immobili; e fatta questa generale distinzione, colloca sotto la categoria degli immobili tutti quelli che sono tali o per la loro natura, o per la loro destinazione, o per l' oggetto cui si riferiscono; e sotto la categoria dei mobili quelli che sono tali o per loro natura, o per determinazione della legge. In forza di questa divisione adottata dal Codice Napoleone le cose incorporali non formano una classe e categoria particolare e distinta, ma cadono sotto la classe dei beni immobili o sotto quella dei mobili. E infatti l' articolo 526 dichiara immobili, per l' oggetto cui si riferiscono, l' usufrutto delle cose immobiliari, le servitù prediali, le azioni che tendono a rivendicare un immobile; e l' articolo 529 dichiara mobili per determinazione della legge le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari, le azioni o interessi nelle società di finanza, di commercio o d'industria, non che le rendite perpetue o vitalizie. Quando adunque l' articolo 2092 dispone, che il debitore è tenuto ad adempire alla obbligazione sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobiliari ed immobiliari, abbraccia colle parole *mobiliari* ed *immobiliari* l' intero patrimonio del debitore, compresi i diritti e le azioni al medesimo competenti. Solamente la disposizione generale dell' articolo 2092 riceve una leggiera modificazione e restrizione dall' articolo 592 del Codice di Procedura, il quale mosso da motivi ispirati dalla umanità e dalla compassione, a cui non rare volte è sordo il cuor duro del creditore, sottrae alcuni determinati oggetti dal gravamento e dalla vendita giudiziale.

7. Una conseguenza della massima stabilita dall' articolo 2092 si è, che qualunque creditore, anche chirografario, potrà procedere alla espropriazione dei beni immobili appartenenti al debitore, purchè il credito di lui abbia le qualità volute dall' articolo 2213, risulti cioè da un documento autentico ed esecutivo. Se il creditore in forza della disposizione dell' articolo 2092 può far valere i suoi diritti sopra tutti i beni mobili ed immobili del debitore, potrà senza dubbio anche senza ipoteca provocare l' esecuzione immobiliare ugualmente che il creditore munito d'ipo-

teca. L' ipoteca giova al creditore ipotecario per ottenere prelazione fra più creditori del medesimo debitore, e per potere agire contro il terzo possessore dell' immobile ipotecato; ma la ipoteca non è punto necessaria al creditore, che vuol procedere alla esecuzione immobiliare sopra i beni immobili posseduti dal suo debitore. La Corte Regia di Firenze con sentenza del 18 settembre 1847 in causa Gherardi e Rustici adottò questa massima, appoggiandosi alla disposizione dell' articolo 1° della Legge Ipotecaria Toscana pienamente conforme all' articolo 2092 del Codice Napoleone; e per dare maggior peso alla sua decisione si valse della interpretazione data in questo senso al detto articolo 2092 dalla Giurisprudenza Francese, secondo la quale è oramai fuori di controversia, che il creditore chirografario può provocare l' esecuzione immobiliare, purchè il credito di lui abbia le qualità dalla legge volute (1). La sola disposizione dell' articolo 2092 basta a dar diritto al creditore chirografario di procedere alla spropriazione immobiliare; ma una tale facoltà competente al creditore chirografario risulta evidentemente ancora dalle combinate disposizioni del capo primo del titolo decimonono, che tratta *della spropriazione forzata.* E infatti l' articolo 2204 dichiara in termini generali, che il creditore può procedere alla spropriazione de' beni immobili appartenenti in proprietà al debitore. Quest' articolo richiede la sola qualità di creditore, nè fa alcuna distinzione o differenza tra creditore chirografario e creditore ipotecario. Inoltre l' articolo 2209 dispone, che il creditore non può instare per la vendita degl' immobili che non sono ipotecati a suo favore, se non qualora i beni ipotecati pel suo credito fossero insufficienti. Può dunque il creditore, che ha una ipoteca su beni insufficienti, instare pella vendita degli immobili non ipotecati. A più forte ragione il creditore chirografario potrà instare per la vendita degli immobili, sui quali non ha alcuna ipoteca.

8. Dice l' articolo 2092: « *chiunque siasi obbligato personalmente è tenuto* ecc. » La obbligazione non nasce soltanto, come già si accennò, dal consenso dei contraenti, ossia dai contratti; ma altresì da un fatto lecito o criminoso senza bisogno di convenzione. La obbligazione, che nasce dai quasi contratti e dai delitti, deriva da un fatto, che nel primo caso è lecito e per-

(1) Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1847, pag. 924.

messo dalla legge, nel secondo caso è illecito e vietato (1). La obbligazione qualche volta deriva direttamente dalla legge, e ne fa fede la L. 52 pr. D. *De oblig. et action.*, la quale con brevi parole indica le diverse cause, che possono dar vita ad una obbligazione: « Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato. » Ciò posto, potrebbe domandarsi, se le espressioni dell' articolo 2092 « *chiunque siasi obbligato personalmente* » accennino alle sole obbligazioni derivanti dal consenso ossia dalle convenzioni, oppure a qualsiasi obbligazione, qualunque ne sia la causa e la fonte? Il Duranton avrebbe desiderato che l' articolo 2092 fosse stato concepito nei seguenti termini: « *Quiconque est obligé est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens.* » (2) È certo che questa formola esprimerebbe meglio e con più precisione il pensiero del legislatore; ma d' altra parte urterebbe evidentemente contro lo spirito della legge, come confessa lo stesso Duranton, quella interpretazione sofistica e cavillosa, che volesse restringere ed applicare la disposizione dell' articolo 2092 alle sole obbligazioni contratte col consenso. Qualunque volta ci facciamo ad esaminare la disposizione di una legge, sia sempre presente all' animo nostro l' avvertimento che ci lasciò Cicerone: « Quæ lex, quod senatus consultum, quod magistratus edictum, quod fœdus, aut pactio, quod testamentum, quæ judicia, aut stipulationes, aut pacti et conventi formula, non infirmari, aut convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus; consilium autem eorum, qui scripserunt, et rationem et auctoritatem relinquamus? » (3) Il legislatore nell' articolo 2092 vuol determinare i diritti dei creditori e gli effetti delle obbligazioni personali, qualunque sia di queste la causa ed origine. Le espressioni dell' articolo 2092 « *chiunque siasi obbligato* » sono evidentemente usate a significare il debitore o l' obbligato, in somma la persona vincolata da obbligazione e da azione personale nel senso larghissimo, che dà alla parola *debitore* la L. 108 D. *De verbor. signif.* altra volta citata, a cui corrisponde il senso non meno largo attribuito alla parola *creditore* dalla L. 11 D. *De verbor. signif.* « Creditorum appellatione non hi tantum acci-

(1) Pothier, Des Obligations, par. I. chap. 1. n. 2. 113. 116. 117.
(2) Cours de Droit civil, livre 3. tit. 18. n. 3.
(3) Orat. pro A. Cæcina, cap. 18.

piuntur, qui pecuniam crediderunt; sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur. »

9. Secondo l' articolo 2092 i beni del debitore sono la garanzia dei creditori. Ci resta ad esaminare quale sia la forza e la natura di questa garanzia. Le Leggi Romane distinguono due maniere di diritto, il diritto *ad rem*, e il diritto *in re* (1). Il gius *ad rem* è il credito, e nasce dalla obbligazione; il gius *in re*, p. e. il gius d' ipoteca, è un vincolo reale che colpisce e grava una cosa. Il debitore, che ha vincolata la sua persona a favore del creditore, deve rispondere co' suoi beni dell' adempimento della obbligazione; ma il creditore non avendo sui beni alcun vincolo o diritto reale, non ha altro diritto che di domandarne il gravamento e la vendita giudiziale, giunto il giorno destinato al pagamento. I diritti del creditore personale vengono chiaramente determinati dalla L. 9 C. *De execut. rei jud.* « Eos, quos debitores tuos esse contendis, apud Rectorem conveni provinciæ: qui sive debitum confessi, sive negantes et convicti fuerint condemnati, nec intra statutum spatium solutioni satisfecerint: cum latæ sententiæ pignoribus etiam captis ac distractis, secundum ea, quæ sæpe constituta sunt, meruerint executionem, juris formam tibi custodiet. » Non gravando la semplice obbligazione di alcun vincolo reale il patrimonio del debitore, questi ha piena facoltà di alienare a chiunque i proprj beni o a titolo lucrativo o a titolo oneroso, e nessun diritto resta al creditore sui beni alienati. Il creditore non ha diritto sui beni del debitore se non per ragione della persona. Se il creditore aliena i suoi beni, allora il vincolo che univa la proprietà alla persona si scioglie, e i beni passano liberi e senza alcun vincolo ed onere dal dominio del debitore nelle mani dell' alienatario, in cui furono trasferiti. Egli è per questo che il Pretore dovè promulgare il famoso Editto dell' azione Pauliana, commentato da Ulpiano nella L. 1 pr. D. *Quæ in fraudem cred.*, onde potessero rivocarsi le alienazioni fatte dal debitore in frode de' suoi creditori. Prima di questo Editto nessun rimedio avea in mano il creditore per impedire il danno di una alienazione fatta in frode di lui dal disonesto debitore; e perciò Ulpiano nella citata L. 1, § 1, D. *Quæ in fraud. cred.*, esclama: « Necessario Prætor hoc Edictum proposuit: quo Edicto consuluit creditoribus, revocando ea, quæcumque in

(1) Vinnii Comment. Inst. lib. 4. tit. 6. § 1.

fraudem eorum alienata sunt. » Ma quest' Editto d' altra parte, ond' ebbe origine l' azione Pauliana, di cui tiene parola il § 6, Inst. *De action.*, conferma la regola già accennata, che cioè il debitore può liberamente alienare i suoi beni, e che i creditori personali di lui non possono esercitare alcun gius sui beni alienati. Imperocchè in tutti i casi, in cui manca la frode, e non si verificano le condizioni volute dall' Editto Pretorio per l' esercizio dell' azione Pauliana, l' alienazione ottiene il pieno suo effetto, e nessun diritto sui beni alienati rimane al creditore. Animato dallo stesso spirito, dal quale fu dettato l' Editto Pretorio dell' azione Pauliana, dispone il Codice Napoleone nell' articolo 1167, che i creditori possono in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni. La regola di diritto, di cui or ora abbiamo discorso, è stata confermata da infinite sentenze e decisioni di Tribunali. Una decisione del Foro Toscano del 6 maggio 1823 in causa Reali e Rappi e Paolini e Mangoni stabilì, che ai creditori non è permesso di sindacare le alienazioni fatte dal loro debitore, semprechè non giustifichino luminosamente l' intervento a loro danno o del dolo, o della frode o della collusione (1). Un' altra decisione dello stesso Foro Toscano del 12 giugno 1821 in causa Calaverni e Montanelli dichiarò che il creditore non ha azione esercibile sopra un credito del suo debitore stato già dal medesimo avulso dal suo patrimonio (2). La Corte di Cassazione di Firenze con decisione del 5 settembre 1843 in causa Bassi e Strambi stabilì essa pure, che i creditori chirografarj non possono investire i beni stati alienati dal debitore, essendo in forza della alienazione rimasto sciolto il legame che al debitore stesso li univa (3). Finalmente una decisione del Supremo Consiglio di Modena del 12 dicembre 1829 in causa Galantino con Spalletti stabilì altresì, che l' azione Pauliana o Revocatoria non potendo aver luogo se non che per impugnare un atto che diminuisca il patrimonio del debitore alienante, non compete nel caso, in cui il contratto non arrechi tale pregiudizio, come se il debitore avesse ceduto un di lui credito pecuniario convertendolo nell' acquisto di beni

(1) Tesoro del Foro Toscano, dec. 17. tomo 9. pag. 77.
(2) Tesoro del Foro Toscano, dec. 116. tomo 3. pag. 390.
(3) Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1843, pag. 556.

stabili (1). Quest' ultima decisione stabilì pure che la scienza anche certa che avessero il cedente ed il cessionario delle pretese che potesse allarmare un terzo sul credito ceduto per essergli debitore il cedente, non può fare da sè sola ostacolo ad una valida cessione del credito come cosa propria, di cui il cedente ha facoltà di disporre a suo arbitrio, quand' anche ne derivasse danno ad un terzo, stando a suo favore la regola di diritto insegnata dalla L. 151 D. *De reg. jur.* « Nemo damnum fert, nisi qui id fecit quod facere jus non habet. » E rapporto alla scienza dei debiti preesistenti, dichiarò la stessa decisione, che per quanto angustiose esser possano le circostanze di chi trovasi aggravato da debiti, non vi fu mai legge che per queste sole ritenesse privo il debitore della libera amministrazione delle proprie sostanze e della facoltà di alienarle.

10. Potrebbe opporsi contro la verità di queste massime la disposizione della L. 15 C. *De pignor. et hyp.*, la quale dichiara: « debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem. » Quanto ai legati, è fuori di dubbio che il debitore non può con disposizioni particolari fatte nel suo testamento pregiudicare alle ragioni dei suoi creditori, i quali hanno sempre il diritto di essere soddisfatti con prelazione ai legatarj giusta la massima stabilita dalla L. 1 C. *De bonis auct. jur. possid.* « Legatum a mortuo relictum, post debiti detractionem inducatur. » Ma quando si tratta di alienazioni fatte per atto tra vivi dal debitore, è solo ai creditori muniti di pegno o d' ipoteca che queste non possono recar pregiudizio. Egli è perciò che la citata L. 15 C. *De pignor. et hyp.*, premessa la regola, che il debitore nè vendendo, nè donando, nè legando può far deteriore la condizione del suo creditore, aggiunge: « Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. » La quale dichiarazione serve a spiegare il senso, che deve attribuirsi alle generali espressioni, onde è concepita la prima parte della legge.

11. Se il debitore può liberamente alienare le proprie sostanze, e se il creditore, tranne il caso della frode, non può, come si è detto, nè impugnare la validità dell' alienazione, nè

(1) Collezione delle Massime di Diritto stabilite dall' illustrissimo Supremo Consiglio di Giustizia di Modena, tomo 3. pag. 257. dec. 771.

esercitare alcun gius sui beni alienati, a che dunque si ridurrà la garanzia che dà la legge al creditore sui beni del suo debitore? È facile la risposta. Arrivato il giorno, in cui il creditore può domandare la soddisfazione del proprio credito, ed intentare l'azione personale che gli compete, tutti i beni, che costituiranno in quel momento il patrimonio del debitore, potranno, in esecuzione della sentenza di condanna passata in cosa giudicata, o della confessione dello stesso debitore, essere gravati ad istanza del creditore e venduti al pubblico incanto, conformemente al Rescritto Imperiale riportato da Callistrato nella L. 31 D. *De re judicata.* Questi e non altri sono i diritti, che l'articolo 2092 attribuisce al creditore sui beni mobiliari ed immobiliari del debitore (1).

12. Ben diversa da quella del creditore chirografario è la condizione del creditore che ha ipoteca sui beni del suo debitore. L'ipoteca costituita dal debitore a favore del suo creditore non altera, nè diminuisce il gius di dominio che ha l'ipotecante sulla cosa ipotecata. Di questo principio fa fede la L. 12 D. pr. *De distractione pign.,* la quale insegna che il creditore può comprare dal debitore la cosa datagli in pegno. « Rescriptum est ab Imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse: quia in dominio manet debitoris. » Il debitore, che conserva il dominio della cosa ipotecata, può liberamente alienarla a chiunque o a titolo lucrativo o a titolo oneroso. Ma una tale alienazione non può pregiudicare ai diritti del creditore ipotecario, come quelli, che essendo attaccati alla cosa, durano e si conservano in faccia a qualunque terzo possessore. Infinite leggi confermano la verità di questa massima, e tra le altre la L. 12 C. *De distractione pign.* « Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emptorem. » Egli è perciò che al creditore ipotecario fu concessa dal Gius Romano l'azione reale ipotecaria, detta *quasi Serviana* (2), esercibile contro il terzo possessore della cosa ipotecata, e mantenuta e regolata dal Codice Napoleone colle disposizioni degli articoli 2166, 2167, 2168, giusta i quali il terzo possessore, che non si curò di fare il giudizio di purgazione delle ipoteche, è tenuto o a pagare i debiti ipotecarj, o a rilasciare

(1) Persil, Régime hypothécaire, art. 2092. n. 1 e 4.
(2) Instit. De action. § 7.

l'immobile ipotecato. Risulta adunque chiaramente, che sebbene tutti i beni del debitore siano per disposizione di legge la garanzia de' creditori, questa garanzia è più o meno efficace secondo che trattasi di creditori chirografarj muniti della semplice azione personale, o pure di creditori aventi un gius reale sulle sostanze del debitore.

13. La disposizione dell'articolo 2092 del Codice Napoleone è stata ripetuta colle stesse parole dal Codice del Regno delle Due Sicilie nell'articolo 1962; dal Codice di Parma nell'articolo 2122; dal Codice del Regno di Sardegna nell'articolo 2145. Anche il Sovrano Motuproprio *sopra i privilegi e le ipoteche* pubblicato in Toscana il 2 maggio 1836 dispone nell'articolo primo, che tutti i beni immobili e mobili del debitore garantiscono l'adempimento delle di lui obbligazioni. Finalmente il nuovo Codice Civile per gli Stati Estensi pubblicato il 25 ottobre 1851, facendo eco esso pure alla disposizione dell'articolo 2092 del Codice Napoleone, dispone nell'articolo 2114: « *Chiunque siasi obbligato personalmente, è tenuto di adempiere le contratte obbligazioni sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri.* »

Articolo 2093.

I beni del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori; ed il prezzo si comparte fra essi per contributo, quando non vi siano cause legittime di prelazione fra i creditori.

14. La prima parte dell'articolo 2093 è un corollario dell'antecedente articolo. Se il debitore è tenuto ad adempire alle sue obbligazioni sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobiliari ed immobiliari, i beni dunque del debitore divengono necessariamente la garanzia de' suoi creditori. Se non che questa garanzia è più o meno forte, secondo che i creditori sono ipotecarj o semplicemente chirografarj. I creditori ipotecarj, oltre il diritto a loro competente di essere preferiti ai creditori semplici, possono muovere l'azione ipotecaria contro il terzo possessore; mentre i

creditori semplici o chirografarj non possono esercitare alcun gius sui beni dal debitore alienati, e devono contentarsi di domandare il gravamento e la vendita giudiziale dei beni, di cui il debitore trovasi in possesso nell'epoca, in cui è aperto il giudizio di esecuzione.

15. I beni del debitore condannato o confesso non si aggiudicano al creditore; ma vuole la legge siano venduti all'asta pubblica, e ne sia distribuito il prezzo ai creditori in soddisfazione del loro avere. Ne fa fede il Rescritto riportato da Callistrato nella L. 31 D. *De re judic.* « Eorum, qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi, non reddiderint, pignora capi: eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur. » L'aggiudicazione dei beni al creditore si fa sussidiariamente nei casi contemplati dalla L. 15, § 3, D. *De re jud.* e dalla L. 3 C. *Si in causa judic. pign.*, quando cioè tornò inutile l'esperimento dell'incanto. Se il prezzo dei beni venduti basta a soddisfare tutti i creditori, nessun dubbio può nascere nella distribuzione, e quel che avanza deve rilasciarsi nelle mani del debitore, i cui beni furono alienati, come prescrive il lodato Rescritto, di cui fa parola la citata L. 31: « si quod ex pretiis supersit, reddatur ei, cujus pignora vendita erant. » Se vi ha concorso di più creditori, come avviene il più delle volte, ed il prezzo dei beni venduti non basta a soddisfarli tutti per intero, allora la distribuzione deve farsi per contributo. Tutti i creditori personali o chirografarj, siccome quelli a favore dei quali è principalmente obbligata la persona del debitore, hanno sul patrimonio di lui un diritto eguale, patrimonio che è a loro vincolato accessoriamente e per sola ragione della persona, tenuta a rispondere dell'adempimento sotto la garanzia de' suoi beni. Vuole pertanto giustizia che la distribuzione del prezzo dei beni venduti si faccia per contributo, onde sia rispettata e mantenuta la eguaglianza, a cui i creditori hanno un incontrastabile diritto. Ciascun creditore ha diritto all'intera soddisfazione; e quando questa rimane impedita ed è resa impossibile dal simultaneo concorso di più creditori e dalla insufficienza de' beni, deve ciascuno in proporzione del proprio credito messo a confronto del credito degli altri sottostare alla perdita (1). Quando la distribuzione si facesse per teste, e non in proporzione dell'ammontare rispettivo del

(1) Brunnemannus, in Cod. L. 6. De bon. auct. Iud. possid.

credito di ciascuno, sarebbe evidentemente ingiusta ed iniqua e contraria alla eguaglianza, che deve essere religiosamente rispettata fra persone, che hanno un eguale diritto sui beni del debitore. Suppongasi il concorso di due creditori, l'uno dei quali abbia un credito doppio del credito dell'altro. Non sarebbe una manifesta ingiustizia l'assegnare ad amendue una quota eguale nella distribuzione del prezzo dei beni del comun debitore non bastevoli ad una intera soddisfazione? La eguaglianza vera, che deve essere la norma e la regola della giusta distribuzione del prezzo dei beni del debitore ai diversi creditori, è la eguaglianza proporzionale e geometrica, è quella eguaglianza che volle salva il Pretore, allorchè accordò l'azione *Tributoria,* di cui parla il § 3 Inst. lib. 4. tit. 17: « Si servus in peculiari merce, sciente domino negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita Prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quod ei debebitur, et cæteros creditores pro rata portione distribuatur. » Nè si creda che questa distribuzione *pro rata,* ossia per contributo, sia speciale al caso dell'azione *Tributoria* concessa dal Pretore. La distribuzione *pro rata* fra i creditori chirografarj è voluta dalle Leggi Romane siccome regola generale, e la L. 1 pr. D. *de Trib. act.* prova anzi, che l'equità del Pretore col rimedio dell'azione *Tributoria* negò il privilegio che avea il padrone nell'azione *de peculio* di prelevare i suoi crediti: « hujus Edicti non minima utilitas est: ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet...., tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor, ex hoc Edicto in tributum vocatur. » Volle il Pretore, che fosse il padrone eguagliato a qualunque estraneo creditore, che non potesse pretendere il privilegio e la prelazione che gli lasciava salva pe' suoi crediti l'azione *de peculio,* e che perciò, cessato il privilegio del padrone, la distribuzione tra lui e gli altri creditori del servo si facesse nel modo ordinario comandato dalla giustizia. La distribuzione per contributo, che mantiene tra i creditori la eguaglianza, a cui hanno diritto, è la regola generale che le Leggi Romane vogliono scrupolosamente osservata dai Magistrati che presiedono ai giudizj di esecuzione; e da questa regola si allontanano nei casi soltanto, in cui alcuno dei creditori possa con diritto far valere un giusto titolo di prelazione. Se alcuno tra i diversi creditori ha diritto di

essere agli altri preferito, il diritto di lui è dalla legge rispettato, e prelevata la somma al medesimo dovuta, il resto del prezzo de' beni si distribuisce *pro rata,* ossia per contributo fra tutti i creditori, che compongono la massa dei chirografarj. Di questi principj suggeriti dallo stesso diritto naturale, e proclamati solennemente dalle Romane Leggi fa fede non dubbia la L. 6 C. *De bon. auctorit. Jur. possid.*, la quale mostra chiaramente, che la disposizione dell' articolo 2093, non meno della disposizione dell' antecedente articolo 2092, è la conferma e sanzione delle antiche massime della Romana Giurisprudenza. « Si quidem debitoris tui cæteri creditores pignori res acceperunt, potiores eos, quam te chirographarium creditorem, haberi non ambigitur. Quod si specialiter, vel generaliter nemini probentur obligatæ, ... possessione bonorum, itemque venditione, æquali portione, pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest. »

16. Pienamente conformi alla disposizione dell' articolo 2093 del Codice Napoleone e nella sostanza e nelle parole sono gli articoli 1963 del Codice del Regno delle Due Sicilie; 2123 del Codice di Parma; 2147 del Codice del Regno di Sardegna; e l' articolo 2° del Motuproprio Toscano sopra i privilegi e le ipoteche. Tutti questi Codici sono concordi nello stabilire la massima, che i beni del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori, e che il prezzo si comparte fra essi per contributo, quando non vi siano cause legittime di prelazione fra i creditori. Anche il nuovo Codice Estense dispone nell' articolo 2115: « *I beni del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori;* » e nell' articolo 2116: « *Il prezzo dei beni si riparte fra i creditori per contributo, se non vi sono cause legittime di prelazione fra loro.* » Ma nella seconda parte dell' articolo 2115 leggesi una nuova disposizione, che è del seguente tenore: « *Il compenso d' assicurazione, per caso d' incendio, tiene luogo dell' edifizio assicurato, ogni qual volta non sia impiegato nella ricostruzione o ristaurazione dell' edifizio.* »

Accade dire alquante parole intorno a questa aggiunta disposizione.

17. È principio di Giurisprudenza stabilito dalla L. 8 pr. D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, che l' estinzione della cosa, che è il soggetto del pegno, estingue il pegno stesso: « sicut re cor-

porali extincta, ita et usufructu extincto, pignus hypothecave perit. » Non ostante questo principio, alcuni Giureconsulti hanno opinato, che l' indennità dovuta dall' assicuratore di un immobile distrutto da un incendio debba essere attribuita ai creditori aventi privilegi o ipoteche sopra l' immobile, che fu preda dell' incendio. Tra i sostenitori di questa opinione è Boudousquié nel suo Trattato *sull'Assicurazione.* Ma il Troplong (1) e Quenaut (2) insegnano al contrario, che l' indennità dovuta dall' assicuratore non rappresenta il prezzo dell' immobile, ed è semplicemente una somma dovuta all' assicurato in virtù di un contratto aleatorio, che deve essere distribuita per contributo tra tutti i creditori. Decourdemanche in una sua Dissertazione *Du danger de prêter sur hypothèque,* (3) inserita nell' Opera del Persil *Questions sur les Privilèges,* opinava che nel caso d' incendio di una casa assicurata, i creditori ipotecarj non hanno alcun diritto di preferenza sulla indennità dovuta dall' assicuratore, se pure non ebbero la precauzione di farsi cedere il credito della indennità prevedendo il caso dell' incendio; ma dopo la publicazione del Trattato di Boudousquié, dai cui argomenti fu scosso, confessò apertamente di ricredersi della sua prima opinione. Ma non ostante che Decourdemanche si mostri convinto dalle ragioni addotte da Boudousquié, di cui accettò la opinione, non cessa però di consigliare tutti quelli, che fanno somministrazioni sotto la garanzia di immobili ipotecati, a farsi cedere eventualmente l' ammontare della indennità sino alla concorrenza della somma prestata, e a far notificare la cessione alla Compagnia assicuratrice, e conclude col dire, essere necessaria una disposizione legislativa per far cessare lo stato d' incertezza sopra un punto di sì grande importanza. Il deputato Vatimesnil Relatore della Commissione nominata dall' Assemblea della Repubblica Francese per esaminare il Progetto di legge sulla Riforma Ipotecaria, stato presentato dal Ministero del Presidente Luigi Napoleone, seguendo il consiglio dei più dotti Giureconsulti della Francia, proponeva di convertire in legge l' uso da' cauti Notari introdotto d' inserire nei contratti di costituzione d' ipoteca una clausola portante cessione al creditore ipotecario del credito

(1) Des privilèges et hypothèques, art. 2180. n. 890.
(2) Traité de l'assurance terrestre.
(3) Librairie de Jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1834.

eventuale della indennità. Proponeva insomma, che l'indennità dovesse rappresentare la cosa distrutta, ed essere sottomessa agli stessi privilegi ed ipoteche. Vatimesnil animato nel proporre questa importante riforma da motivi di equità, e dallo scopo di favorire il credito coll'accrescere la sicurezza dei somministratori, estendeva inoltre la regola a ogni specie di cose assicurate, mobili o immobili, e a ogni specie d'indennità. Una tale disposizione, che formava l'articolo 2095 del Progetto Vatimesnil, era concepita nei seguenti termini:

« Lorsqu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers auront été assurés soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, la somme qui, en cas de sinistre, sera due par l'assureur à l'assuré, sera affectée au payement des créanciers privilégiés ou hypothécaires, selon le rang de chacun d'eux.

» Il en sera de même de toute indemnité qui serait due par des tiers à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque.

» Il n'est rien innové aux lois concernant les assurances maritimes. » (1)

Nella prima discussione del Progetto Vatimesnil, che ebbe luogo avanti l'Assemblea della Repubblica Francese nel 25 giugno 1850, (2) M. Hennequin, il primo Oratore che prese la parola in favore del Progetto, disse essere cosa straordinaria, che in Francia fosse necessario decidere con una legge il punto, se i titoli ipotecarj, che riposavano su di un edifizio che rimase preda del fuoco, si mantengano e si conservino sulla indennità dovuta dalla Compagnia di assicurazione. Disse che il solo buon senso indica che il diritto, che esiste sull'immobile assicurato, deve rimanere in vigore sul prezzo d'assicurazione; e lodò il Progetto di avere troncato questo punto di questione non deciso dalla Giurisprudenza Francese. Io convengo col Deputato Hennequin, che per estendere il credito sia necessario poter seguire il pegno nelle sue diverse trasformazioni; ma non convengo con lui, allorchè dice che il solo buon senso indica che le ipoteche radicate su di un edifizio, distrutto dalle fiamme, debbano sopravvivere sul prezzo dovuto dalla Compagnia di assicurazione. A me è avviso, che sia questa una difficilissima questione di

(1) Moniteur universel, 26 avril 1850, n. 116 supplém.
(2) Moniteur, 26 juin 1850, n. 177.

Giurisprudenza, e che i principj rigorosi del Diritto favoriscano meglio l'opinione di Quenaut che non quella di Boudousquié. Se si tratta di un edifizio nuovo costrutto sull'antica area, dove poggiava l'edifizio che fu distrutto dall'incendio, allora è certo che il creditore ipotecario conserva il suo diritto d'ipoteca sul nuovo edifizio; ma ciò avviene per la ragione indicata dalla L. 29, D. § 2, *De pignor. et hyp.*, ossia in forza del diritto di accessione: « Domus pignori data, exusta est, eamque aream emit Lucius Titius, et extruxit: quæsitum est de jure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare: et ideo jus soli superficiem secutam videri, id est, cum jure pignoris. » Ma quando si tratta di sostituire alla cosa distrutta un credito di quantità competente al debitore contro la Compagnia d'assicurazione, non so con qual fondamento di diritto si possa sostenere, che l'ipoteca, che riposava sull'edifizio distrutto dal fuoco, debba ipso jure trasportarsi su questo credito dipendente da un contratto aleatorio, e divenuto esigibile per la verificata condizione dell'incendio. Il credito non è la cosa, e ciò provano infinite leggi. Nella seconda discussione del Progetto Vatimesnil, che ebbe luogo nel giorno 11 dicembre 1850, il citato articolo 2095 fu adottato dall'Assemblea Francese con un leggiero emendamento proposto dal deputato Vavin, ed accettato anche da Vatimesnil a nome della Commissione. La prima parte pertanto dell'articolo 2095, alla quale restringevasi l'emendamento Vavin, fu approvata dall'Assemblea nei seguenti termini: « Lorsqu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers auront été assurés, soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, la somme qui, en cas de sinistre, se trouvera due par l'assureur, devra, *si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré,* être affectée au payement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles. » (1) Il resto dell'articolo fu approvato nei termini proposti da Vatimesnil.

18. I Compilatori del nuovo Codice Estense seguendo anch'essi il consiglio dei Giureconsulti, i quali sollecitarono i Governi a cessare con una espressa disposizione le incertezze della Giurisprudenza intorno al punto, di cui or ora abbiamo fatto cenno, stabilirono nella seconda parte dell'articolo 2115, attenendosi all'opinione di Boudousquié, che *il compenso d'assicurazione,*

(1) Moniteur, 12 décembre 1850, n. 346.

per caso d'incendio, *tiene luogo dell'edifizio assicurato.* L'opinione del Quenaut era forse, più che quella del Boudousquié, conforme ai rigorosi principj della scienza; ma d'altra parte l'equità, e l'interesse del credito, il quale si lega colla organizzazione delle assicurazioni, domandavano ai compilatori di un nuovo Codice questo provvedimento di legge, che rendesse maggior sicurezza ai somministratori. La differenza tra il Progetto Vatimesnil e l'articolo 2115 del Codice Estense sta in questo, che il primo estendeva la massima ad ogni specie di cose assicurate, mobili o immobili, e ad ogni specie d'indennità; laddove l'articolo 2115 del lodato Codice la limita al compenso d'assicurazione dovuto pel caso d'incendio di un edifizio assicurato. E qui non lascieremo di osservare che l'emendamento Vavin: *la somme qui, en cas de sinistre, se trouvera due par l'assureur, devra, si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré,* ec. s'accorda colle ultime parole della seconda parte del citato articolo 2115: *ogni qual volta non sia impiegato nella ricostruzione dell'edifizio.*

Articolo 2094.

Le cause legittime di prelazione sono i privilegi
e le ipoteche.

19. Tra i creditori chirografarj, i quali hanno semplicemente l'azione personale, la distribuzione del prezzo de' beni del debitore si fa, come si disse, per contributo. L'anteriorità della data non dà tra i creditori chirografarj alcun diritto a prelazione. Derivando il loro diritto da una semplice obbligazione, o prima o dopo che questa sia nata, la persona del debitore resta vincolata in egual modo a favore di tutti quelli che alla buona fede di lui si affidarono. (1) La massima *qui prior est in tempore, potior est in jure* non è applicabile ai creditori personali o chirografarj; e la L. 2, C. *Qui potior in pign.* dice chiaramente, che l'anteriorità della data determina il grado tra i soli creditori che hanno gius di

(1) Voet, tit. Qui pot. in pign. vel hyp. n. 36. Vinnii Select. Quæst. lib. 2. cap. 4.

pegno o d' ipoteca: « cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure, qui prævenit tempore. » Le cause legittime di prelazione sono per Gius Romano i privilegi ed il pegno. Quanto ai privilegi, è chiara la disposizione della L. 32 D. *De reb. auctor. jud. possid.* « Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa. » Quanto poi al pegno, la L. 6 C. *De Bon. auctor. jud. poss.* insegna come questo sia un titolo di prelazione fra i creditori: « si quidem debitoris tui cæteri creditores pignori res acceperunt, potiores eos, quam te chirografarium creditorem, haberi non ambigitur. » I privilegi sono un titolo di prelazione pel favore speciale, che loro viene accordato dalla legge. Il pegno è titolo di prelazione, perchè ragion vuole che il creditore, che ha un gius reale sulla cosa, sia preferito ai creditori chirografarj, che non hanno sui beni del debitore alcun gius reale. La ragione, per cui il pegno è un giusto titolo di prelazione, viene chiaramente indicata dalla L. 25 D. *De reg. jur.* « Plus cautionis est in re, quam in persona. » E qui a scanso di equivoci mi giova avvertire, che quando dico che per Gius Romano il pegno è un titolo di prelazione tra creditori, adopero la parola *pegno* nel suo amplissimo significato, che abbraccia e comprende il pegno propriamente tale, ossia il contratto reale che si effettua mediante la tradizione della cosa data in pegno, e la semplice ipoteca. Il pegno propriamente tale e la ipoteca, sebbene differiscano di nome e quanto al modo onde sono costituiti, attribuiscono però l' uno e l' altra gli stessi effetti, cioè un gius reale sulla cosa data in pegno od in ipoteca, e l' azione reale ipotecaria. Dice chiaramente Giustiniano: (1) « Inter pignus et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. »

20. Il Codice Napoleone non ha voluto allontanarsi dai principj del Diritto Romano nel determinare i titoli, che danno diritto di prelazione, e perciò l' articolo 2094 dichiara, che le cause legittime di prelazione sono *i privilegi e le ipoteche*. Quest' articolo mette tra i titoli di prelazione le ipoteche, e tace del pegno, perchè il pegno, come vedremo a suo luogo, non dà gli stessi diritti che nascono dalla ipoteca, ma è annoverato tra i titoli che danno privilegio. Essendo adunque anche secondo il

(1) Institut., tit. de Action., § 7.

Codice Napoleone i privilegi e le ipoteche i soli titoli legittimi di prelazione, ne segue che tra i creditori privi di privilegio o d'ipoteca, ossia tra i creditori chirografarj, non può mai dar diritto a prelazione nè l'autenticità dell'atto, dal quale risulta il credito, nè l'anteriorità della data. (1) Tre ordini pertanto di creditori devono stabilirsi, i creditori privilegiati, i creditori ipotecarj, e finalmente i creditori, ai quali compete la semplice azione personale del credito, ossia i creditori chirografarj. I creditori privilegiati e i creditori ipotecarj sono soddisfatti preferibilmente ai creditori chirografarj, e soddisfatti i creditori privilegiati ed i creditori ipotecarj, ciascuno nel grado che loro conviene, vengono nel modo già detto, ossia per contributo, soddisfatti i creditori chirografarj. (2)

21. Non bisogna confondere i privilegi e le ipoteche, che sono le cause legittime di prelazione fra i creditori, colle azioni che si muovono in un giudizio di concorso per rivendicare una qualche sostanza, che faccia parte dei beni del debitore. Queste azioni, che nascono dal gius di dominio, non hanno lo scopo di attribuire un grado di prelazione nella graduatoria, che deve fissare la sorte dei creditori; ma mirano a sottrarre dal patrimonio del comun debitore quella sostanza, che è l'oggetto del giudizio di rivendicazione. Perciò una Decisione del Supremo Consiglio di Modena del 30 gennaio 1832 stabiliva, che senza bisogno d'iscrizione ipotecaria il legittimario deve essere soddisfatto preferibilmente alla massa dei creditori, in quanto che la legittima è dovuta al figlio alla morte del padre, e da quel momento il figlio legittimario diviene condomino dell'erede nella successione paterna fino alla concorrenza della sua legittima; e così l'erede non è un vero debitore della legittima, non avendo che l'obbligo di prestarsi alla divisione, all'escorporo cioè di quella parte di eredità ossia di beni ereditarj, che appartengono al legittimario. (3) Così pure molte Decisioni del Foro Toscano stabilirono, che quando il venditore nell'atto della vendita si riservò il vero e proprio dominio della cosa venduta sino all'intero

(1) Persil, Régime Hyp. art. 2093. Duranton, Cours de Droit Civil, tit. 18 n. 5.

(2) Troplong, des Privil. art. 2093-94 n. 15.

(3) Collezione delle Massime di Diritto stabilite dal Sup. Consiglio di Modena, Dec. n. 922. Roncati e Maletti collo stato Roncati, tom. 5 pag. 9.

pagamento del prezzo con quei termini, che importano una traslazione di dominio condizionale da rimanere sospesa finoatantochè non si verifichi la condizione del pagamento del prezzo, al venditore riservatario del dominio compete in difetto del pagamento del prezzo l' azione reale rivendicatoria, assai diversa dal privilegio, per rivendicare la cosa venduta dalle mani del compratore, o de' suoi creditori o di qualunque terzo possessore. (1) Dichiarò molto saviamente la Corte di Cassazione di Firenze con Decisione del 14 maggio 1845, che non può non ravvisarsi che qual terzo di fronte ai creditori d' un patrimonio in concorso colui, che esercitando un' azione di rivendicazione tende a ritogliere un subietto distribuibile alla massa. (2)

22. Ma oltre i privilegi ed il pegno, che sono le cause legittime di prelazione, il Gius Romano ammette un altro diritto, che ha col gius di pegno una certa affinità. È questo il diritto che chiamasi di *ritenzione,* accordato dalla legge al possessore della cosa altrui in que' casi, in cui questi citato alla restituzione e al rilascio ha diritto di pretendere il rimborso di somme spese a vantaggio della cosa o dello stesso attore che la reclama. Questo gius di ritenzione si risolve in una eccezione di dolo, ed è perciò opponibile soltanto in via di eccezione dal possessore, il quale, perduto il possesso, perde il diritto di valersene. Lunga opera sarebbe annoverare tutti i casi, in cui può competere il gius di ritenzione; tuttavia credo necessario recar qui alcuni esempj atti a far conoscere l' indole e natura di questo diritto. Ci offre di questo gius di ritenzione un bellissimo esempio la L. 8 D. *De pignorat. act.,* la quale lo accorda al creditore pignoratario pel rimborso delle spese necessarie fatte sulla cosa a lui data in pegno: « Si necessarias impensas fecerim in servum, aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo. » Il creditore pignoratario, finchè trovasi in possesso del pegno, può opporsi alla restituzione domandata dal debitore,

(1) Tesoro del Foro Toscano, tomo 1, pag. 499, dec. 133 del 16 marzo 1820. — Tom. 17, pag. 56, dec. 17 del 18 aprile 1826. — Tom. 30, pag. 269, dec. 53 del 24 gennajo 1832. — Tom. 39, pag. 271, dec. 50 del 10 maggio 1836.

(2) Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1845, pag. 306, par. 1. in causa Salvemini e Tanganelli.

valendosi del diritto di ritenzione, onde essere indennizzato delle spese sostenute. Quando il creditore non è più in possesso del pegno, allora del gius di ritenzione non può più far uso; ma la citata legge, trattandosi di spese necessarie, gli accorda il diritto di ripeterle anche col rimedio dell' azione pignoratizia *contraria,* che è una azione puramente personale. Se non che quando il creditore pignoratario reclama le spese coll' azione pignoratizia *contraria,* deve concorrere cogli altri creditori chirografarj, e sottostare alla distribuzione per contributo del prezzo dei beni del debitore. Al contrario quando le reclama opponendo in via di eccezione il gius di ritenzione del pegno, di cui trovasi in possesso, ha diritto di escludere il concorso degli altri creditori. Un altro esempio bellissimo di questo gius di ritenzione ci vien dato da Papiniano nella L. 1 pr. D. *Quib. mod. pignus vel hyp. solv.* « Debitoris absentis amicus negotia gessit, et pignora citra emptionem pecunia sua liberavit: jus pristinum domino restitutum videtur. Igitur, qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit: si tamen possideat, exceptione doli defenditur. » All' amico, che coi proprj denari pagò i creditori dell' assente, nega Papiniano l' azione *utile Serviana,* perchè col pagamento rimase sciolto il vincolo del pegno; ma gli accorda il diritto di opporre il gius di ritenzione, ossia la eccezione di dolo, semprechè egli trovisi in possesso dei beni, che rimasero sciolti dal pegno. Un altro esempio di questo gius di ritenzione ci dà lo stesso Papiniano nella L. 65 D. *De rei vind.* « Emptor prædium, quod a non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, qui pignori datum prædium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperavit: scilicet, si minus in fructibus ante litem perceptis fuit. » Nella L. 29 D. § 2 *De pign. et hyp.,* altra volta citata, è ben stabilito, che il nuovo edifizio fabricato sull' area, dove poggiava l' edifizio distrutto dal fuoco, rimane per diritto di accessione vincolato alle stesse ipoteche, onde era gravato l' antico; ma la stessa legge accorda ai possessori del nuovo edifizio, citati dai creditori ipotecarj al rilascio, il gius di ritenzione pel rimborso delle spese in buona fede sostenute: « sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quam sumptus in extructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent. » Dagli allegati

esempj si raccoglie, che il gius di ritenzione ha una qualche analogia col gius di pegno, sebbene sia da esso essenzialmente diverso, ed è solo opponibile in via di eccezione dal possessore. L'equità, più che il diritto assoluto, è il fondamento, al quale poggia questa eccezione accordata dalla legge al possessore pel rimborso di somme, di cui non sempre si potrebbe domandare il pagamento con una azione diretta ed efficace. (1) A proposito di questo gius di ritenzione mi piace citare una sentenza della Corte Regia di Firenze del 23 settembre 1844, la quale facendo ragione ad un affittuario, che reclamava il benefizio del gius di ritenzione, ebbe a stabilire, che risoluto l'affitto, non può negarsi all'affittuario, che ha del proprio eseguiti dei miglioramenti di commissione del locatore, di valersi del diritto di ritenzione del fondo migliorato, finchè non ne venga dal proprietario rimborsato.

23. Il Codice Napoleone nell'articolo 2094, col quale indica i titoli di prelazione tra i creditori, non fa parola del gius di ritenzione. Ma non deve da questo silenzio argomentarsi, che il gius di ritenzione sia sbandito dal lodato Codice, il quale anzi in più luoghi lo ammette e lo accorda. Il gius di ritenzione è, come si è detto, un diritto affatto diverso dai privilegi e dalle ipoteche, che sono i soli e veri titoli di prelazione fra i creditori. Facendosi la legge nell'articolo 2094 ad annoverare i titoli di prelazione tra i creditori, non doveva far parola del gius di ritenzione. Imperocchè un tale diritto non solo non è propriamente un titolo di prelazione, ma tende anzi ad escludere ogni concorrenza di creditori sulla cosa, sulla quale il possessore invoca il benefizio della ritenzione. (2) Perciò il Sovrano Motuproprio Toscano del 2 maggio 1836 dichiarò espressamente nell'articolo sesto, che non appartengono alla legge sopra i privilegi e le ipoteche *nè il diritto di ritenzione, nè quello di rivendicazione* da regolarsi come dispongono le leggi comuni e il Codice di commercio.

Ho detto che il gius di ritenzione è in più luoghi ammesso dal Codice Napoleone. Valga ad esempio l'articolo 1948, dove è stabilito, che il depositario può ritenere il deposito sino all'intero pagamento di tuttociò che gli è dovuto per causa del depo-

(1) Vinnii Selectar. Jur. Quæst. lib. 1, cap. 24.
(2) Duranton, tit. 18, n. 8.

sito stesso. Parimenti l' articolo 1673 accorda il diritto di ritenzione al compratore, contro cui il venditore fa uso del patto di retratto, sino all' intera soddisfazione del prezzo capitale, delle spese e di qualunque altro legittimo pagamento fatto per la vendita e per le riparazioni necessarie, e per quelle altresì, che hanno aumentato il valore del fondo. Pôtrei citare molti altri esempj; ma i due allegati bastano a mostrare, che anche il Codice Napoleone riconosce ed ammette il gius di ritenzione. (1)

24. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nell' articolo 1964, il Codice di Parma nell' articolo 2124, il Codice del Regno di Sardegna nell' articolo 2148, ripetendo tutti la massima dell' articolo 2094 del Codice Napoleone, stabiliscono concordemente, che le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche.

La Legge Toscana *sopra i privilegi e le ipoteche* dispone nell' articolo terzo, che è dovuta prelazione ai creditori, a favore dei quali ricorre o *un privilegio,* o *il pegno,* o *il benefizio della separazione dei patrimonj,* o *l' ipoteca.* Non è diversa questa disposizione dall' articolo 2094 del Codice Napoleone, e la differenza è più apparente che reale. Il Codice Napoleone tace nell' articolo 2094 del pegno, e del benefizio della separazione dei patrimonj, perchè annovera nell' articolo 2102 il pegno tra i privilegi speciali sopra determinati mobili, e nell' articolo 2111 fra i privilegi sopra gl' immobili il benefizio della separazione dei patrimonj: laddove la Legge Toscana tiene distinti dai privilegi il pegno ed il benefizio della separazione dei patrimonj. Qui però non posso rimanermi dal notare, che il Codice Napoleone, il quale ha collocato nell' articolo 2111 tra i privilegi immobiliari il benefizio della separazione del patrimonio del defunto, avrebbe dovuto mettere tra i privilegi mobiliari lo stesso benefizio della separazione del patrimonio, quando si domanda e si esercita sui mobili. Imperocchè la separazione, come diremo a suo luogo, opera gli stessi effetti rispetto ai creditori dell' erede, sia che si dimandi sopra i mobili, o sopra gli immobili dell' eredità. Se il Codice Napoleone la chiama privilegio, allorchè si esercita sopra gl' immobili, tra i privilegi mobiliari doveva altresì annoverarla, allorchè i creditori ed i legatarj del defunto la dimandano e

(1) Persil, Régime Hyp., art. 2094. — Troplong, des Privil., chap. 2, n. 254.

la esercitano sopra i mobili dell' eredità. Il sistema adottato dal Codice Napoleone conduce a questo risultato, che il benefizio della separazione è privilegio, quando si fa valere sugli immobili della eredità, ed è un diritto distinto dai privilegi, allorchè si esercita sui mobili della stessa eredità, sebbene nell' un caso e nell' altro dia gli stessi diritti ai creditori ed ai legatarj del defunto.

Il Codice di Modena, ripetendo anch' esso nell' articolo 2117 la massima stabilita dall' articolo 2094 del Codice Napoleone, dispone: « *Le cause di prelazione sono i privilegi e le ipoteche.* »

CAPO II.

DEI PRIVILEGI.

Articolo 2095.

Il privilegio è un diritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore per essere preferito agli altri creditori, anche ipotecarj.

25. Il privilegio è un diritto di prelazione, che accorda la legge, indipendentemente dalla volontà dei privati, a certi crediti, la cui causa o titolo è meritevole di uno speciale favore. Le ipoteche, come vedremo, derivano o dalla legge, o dalla convenzione, o dalle sentenze dei Magistrati. Il privilegio deriva direttamente dalla legge, la quale sola ne è e ne può essere la causa creatrice. La volontà dei privati ai privilegi non può dar vita e origine. (1) Per questo motivo una decisione del Foro Toscano del 21 agosto 1828 ebbe a stabilire, che alcun creditore non può

(1) Domat, Lois Civ., tit. des Hyp., sect. 5, art. 30. — Persil, Régime Hyp., chap. 2, art. 2095, n. 1.

reclamare il favore del privilegio, se non dimostra che questo è al suo credito dalla legge concesso. (1)

26. Vuolsi ora esaminare la natura del diritto, che nasce dal privilegio sui beni del debitore, e quale sia il grado di prelazione accordato dalla legge al privilegio in un giudizio di concorso.

Il Gius Romano distingueva i privilegi dalle ipoteche privilegiate. I primi non davano alcun diritto reale sui beni del debitore; l'azione, tuttochè privilegiata, non perdeva la sua qualità ed essere di pura e semplice azione personale; ed il creditore privilegiato rimaneva, non ostante il privilegio di cui era fornito, nella classe e categoria dei creditori chirografarj. Da ciò veniva la conseguenza, che i creditori privilegiati erano bensì preferiti a tutti i creditori chirografarj, ma erano posposti ai creditori aventi gius di pegno o d'ipoteca. La ragione, per cui a questi privilegi erano sempre preferiti i creditori che aveano gius di pegno o d'ipoteca, viene chiaramente indicata dalla L. 9 C. *Qui pot. in pign. hab.* « Eos, qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat. » E qui a scanso di equivoci giova ben avvertire, che i privilegi, di cui parlo, erano accordati alla causa del credito, o alla qualità della persona. I primi derivando per favore di legge dalla qualità del credito, erano perciò trasmissibili agli eredi del creditore, e si chiamavano personali, perchè erano inerenti alle azioni personali. I secondi erano strettamente attaccati alla persona, e non erano perciò trasmissibili agli eredi. Questa distinzione tra i privilegi accordati alla causa del credito ed i privilegi concessi dal favore della legge ad una persona, è messa in tutta evidenza dalla L. 196 D. *De div. reg. jur.* « Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ, et ideo quædam ad heredem transmittuntur, quæ causæ sunt: quæ personæ sunt, ad heredem non transeunt. » Un esempio di questi privilegi accordati alla causa del credito ci offre la L. 45 D. *De Relig. et sumpt. fun.*, di cui diremo a suo luogo. Un esempio di privilegi accordati alla qualità della persona ci fornisce la L. 38 D. *De reb. auctor. jud. pos.* « Respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus præfertur. » Ma sia il privilegio accordato alla causa del credito, o alla qualità della persona, la causa creatrice del privilegio è sempre la legge.

(1) Tesoro del Foro Toscano, tom. 10, pag. 271, dec. n. 66.

In grazia di questi privilegi inerenti alle azioni personali, vi avea per Gius Romano due classi di creditori chirografarj; cioè i chirografarj puri e semplici, ed i chirografarj privilegiati. Tanto gli uni, quanto gli altri, come quelli a cui competeva la sola azione personale, erano posposti ai creditori, il cui credito era garantito dal gius reale del pegno; ma nella stessa categoria dei chirografarj, i privilegiati erano preferiti ai chirografarj semplici. (1)

Oltre i privilegi inerenti alle azioni personali, riconosceva il Gius Romano i privilegi inerenti alle ipoteche, ossia le ipoteche privilegiate. Questi privilegi inerenti alle ipoteche erano diversi molto dai semplici privilegi. I privilegi semplici non davano alcun gius *in re* sui beni del debitore, ed appartenevano alla classe dei crediti chirografarj. I privilegi inerenti alle ipoteche erano un composto d' ipoteca e di privilegio, e perciò godeano del gius *in re,* che deriva dall' ipoteca, e del gius di preferenza, che nasce dal privilegio. Le ipoteche privilegiate erano perciò preferite a tutti i creditori, e così anche alle ipoteche semplici, senza riguardo al tempo. Erano preferite ai privilegi semplici in grazia del gius *in re* che nasce dalla ipoteca; erano preferite alle ipoteche semplici in grazia del diritto di prelazione che deriva dal privilegio. Un esempio di queste ipoteche privilegiate, che in grazia del privilegio, onde dalla legge erano favorite, aveano diritto di essere anteposte alle semplici ipoteche, comechè anteriori di tempo, ce lo fornisce la L. 12 § 1 C. *Qui pot. in pign. hab.,* colla quale Giustiniano non contento della tacita ipoteca accordata alle mogli a garanzia delle loro doti, si piacque altresì di aggiungere alla stessa tacita ipoteca il carattere di ipoteca privilegiata: « mulieribus subvenientes sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. »

Dalle cose pertanto qui brevemente discorse chiaro risulta, che le due categorie, in cui si distinguono per Gius Romano i creditori, cioè la categoria dei chirografarj e la categoria dei creditori ipotecarj, si suddividono in due subalterne classi. Imperocchè la categoria dei creditori chirografarj comprende ed

(1) Voet, lib. 20, tit. 4, n. 36. — Vinni Selectar. jur. Quæst. lib. 2, cap. 4.

abbraccia i chirografarj semplici, ed i chirografarj privilegiati; e d'altra parte la categoria dei creditori ipotecarj comprende le ipoteche semplici e le ipoteche privilegiate. Quando viene in concorso la categoria dei creditori chirografarj colla categoria dei creditori ipotecarj, la prima, o si tratti di chirografarj semplici o di chirografarj privilegiati, è sempre vinta dalla categoria dei creditori ipotecarj. Ma quando sono a conflitto fra loro creditori che appartengono alla stessa categoria, è regola inconcussa, che i creditori, che hanno il privilegio, sono sempre, senza riguardo alcuno alla anteriorità del tempo, preferiti ai creditori che non possono vantare alcun privilegio. Così nella categoria dei chirografarj, i chirografarj privilegiati sono sempre preferiti ai chirografarj semplici; e nella categoria dei creditori ipotecarj, i creditori che hanno ipoteca privilegiata sono sempre preferiti ai creditori che hanno una semplice ipoteca. Concludendo diremo, che per Gius Romano i creditori sono o chirografarj, o privilegiati, o ipotecarj, o ipotecarj con ipoteca privilegiata. I creditori a tutti posposti sono i creditori chirografarj. Al contrario i creditori che vincono tutti gli altri, a qualunque classe appartengano, sono i creditori, che hanno ipoteca privilegiata, inquantochè questi sono preferiti non solo ai chirografarj privilegiati, ma altresì ai creditori che hanno una semplice ipoteca di qualsiasi data. (1)

27. Il Codice Napoleone non si attiene in tutto a queste massime del Gius Romano. I privilegi semplici o personali, ossia i privilegi che erano pel Romano Diritto inerenti alle azioni personali, non sono ammessi dal Codice Napoleone. Secondo l'articolo 2099 di questo Codice tutti i privilegi sono costituiti o sopra beni mobili o sopra beni immobili, e però tutti i privilegi sono reali, e danno un gius reale sulle cose, o mobili o immobili, che ne sono il soggetto. Il Gius Romano distingueva, come si disse, i privilegi semplici o chirografarj dalle ipoteche privilegiate, le quali davano un diritto reale. Il Codice Napoleone invece distingue i privilegi in due classi, gli uni che colpiscono i beni mobili, gli altri che gravano i beni immobili. Ma tanto i privilegi sui mobili, quanto i privilegi sugli immobili sono della stessa natura, ossia reali, salva solo la differenza del soggetto su cui sono radicati, e in forza del gius *in re*, che da loro deri-

(1) Voet, lib. 20, tit. 4, n. 16 e 36.

va, hanno molta affinità ed analogia colle ipoteche privilegiate romane. (1)

28. Determinata la qualità e natura dei privilegi ammessi dal Codice Napoleone, è facile stabilire con tutta sicurezza il grado di preferenza che loro attribuisce la legge rispetto agli altri creditori o chirografarj od ipotecarj. Come la ipoteca privilegiata romana, in grazia del diritto complesso d' ipoteca e di privilegio, era preferita non solo ai creditori chirografarj privilegiati, ma altresì alle ipoteche semplici di tempo anteriore, appartenendo, nell' ordine dei creditori ipotecarj, ad una classe più elevata delle ipoteche semplici; così anche i privilegi del Codice Napoleone, i quali per essere reali partecipano sotto questo aspetto della ipoteca privilegiata romana, devono essere preferiti a tutti i creditori tanto chirografarj, quanto ipotecarj. Se sarà aperto un giudizio di concorso di creditori, si farà la distribuzione del prezzo de' beni, sì mobili, come immobili. Rispetto ai primi, non vi può essere conflitto tra i privilegi e le ipoteche, perchè l' articolo 2119 non ammette l' ipoteca sopra i mobili, e il conflitto può nascere soltanto tra creditori chirografarj e creditori privilegiati. Ora se per Gius Romano i privilegi chirografarj, tuttochè privi di diritto reale, erano preferiti ai crediti chirografarj semplici, a più forte ragione i privilegi sui mobili del Codice Napoleone saranno preferiti nella distribuzione del prezzo ai crediti chirografarj. Dico *a più forte ragione,* perchè un privilegio attaccato ad una cosa, che gode di un gius reale sulla cosa stessa, alla quale è inerente, è qualche cosa di più che non un semplice privilegio attribuito ad una semplice azione personale.

Rispetto poi al prezzo dei beni immobili, il conflitto può sorgere tra i creditori chirografarj, tra i creditori ipotecarj, e tra i creditori che hanno privilegio sugli stessi beni immobili, il cui prezzo deve distribuirsi. E questi creditori privilegiati saranno necessariamente preferiti non solo ai creditori chirografarj, ma altresì ai creditori ipotecarj di tempo anteriore. Se i privilegi sugli immobili danno gli stessi diritti delle ipoteche privilegiate romane, colle quali hanno grandissima affinità, è chiaro dover essere preferiti a tutte le ipoteche, sebbene anteriori di tempo. La regola *qui prior est in tempore, est potior in jure,* non era

(1) Troplong, des Priv. et Hyp., art. 2095, n. 26.

applicabile alle ipoteche privilegiate, perchè il privilegio, di cui queste ipoteche erano rivestite, dava loro il diritto di preferenza alle semplici ipoteche, comechè anteriori di tempo. Di questa massima fa non dubbia fede la L. 7 C. *Qui potior in pignor. hab.*, la quale reca un esempio di ipoteca privilegiata: « Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores; tamen eum, cujus pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. » Per la stessa ragione i privilegi sugli immobili ammessi dal Codice Napoleone, i quali non attribuiscono minori diritti delle ipoteche privilegiate romane, dovranno essere preferiti a tutte le ipoteche, sebbene siano queste anteriori di tempo. La regola pertanto che stabilisce il Voet (1) riguardo alle ipoteche privilegiate messe a conflitto colle ipoteche semplici « *Inter hypothecarios privilegiati non privilegiatis potiores sunt* » si può ripetere senza pericolo di errore rispetto ai privilegi sugli immobili del Codice Napoleone messi a conflitto colle ipoteche.

Quando i privilegi sugli immobili non fossero preferiti alle ipoteche di tempo anteriore, a che si ridurrebbero allora? Se questi privilegi dovessero in concorso delle ipoteche essere graduati secondo l'anteriorità del tempo, perderebbero la loro natura, e tra essi e le ipoteche legali, quelle cioè che nascono per ministero di legge, non vi sarebbe alcuna differenza. Allora il privilegio nulla aggiungerebbe alla ipoteca. Chi bene esamina la natura ed essenza dei privilegi, non può dubitare, che quelli che sono costituiti sugli immobili non abbiano ad essere preferiti alle ipoteche, senza riguardo alcuno alla anteriorità della data. Ma la disposizione dell'articolo 2113 vale a togliere ogni ombra di scrupolo anche ai più increduli. Quest'articolo infatti dispone, che tutti i crediti privilegiati, sottoposti alla formalità dell'iscrizione, per i quali non si sono osservate le condizioni prescritte affine di conservare il privilegio, non lasciano tuttavia di essere ipotecarj; salvo che l'ipoteca, relativamente ai terzi, si misura soltanto dall'epoca delle iscrizioni. Questa disposizione mette il suggello alle ragioni da noi esposte, e prova due cose: primo, che il privilegio costituito sopra beni immobili contiene in sè virtualmente il gius d'ipoteca; secondo, che un tale privilegio è

(1) Pand., lib. 20, tit. 4, n. 16.

sempre preferito alle ipoteche, qualunque di queste sia la data del tempo. Se i crediti privilegiati infatti prendono rango dal giorno della iscrizione allora soltanto che, perduto il privilegio, sono ridotti alla condizione dei crediti ipotecarj, è chiaro che il loro rango, finchè conservano il privilegio, non deve misurarsi dalla data della iscrizione, ma sì bene essere preferito a tutte le ipoteche di qualunque tempo. Il privilegio per sua essenza e natura non può mai contendere di preferenza senonchè con un altro privilegio, essendo di un ordine superiore a quello a cui appartengono le ipoteche, le quali sono dal privilegio vinte ed escluse. (1) Ecco il perchè l' articolo 2095 accorda ai privilegi la preferenza sopra tutti i creditori anche ipotecarj, senza riguardo al tempo.

29. Dice il Duranton, che la regola, giusta la quale i creditori, che hanno privilegio sugli immobili, sono preferiti a tutti i creditori ipotecarj, soffre alcune limitazioni, e va citando alcuni esempj. (2) Tizio p. e. compra da Sempronio il fondo A, gravato d' ipoteca a favore di Caio. Tizio compratore vende lo stesso fondo a Giulio con dilazione al pagamento del prezzo. È certo che Tizio pel prezzo della vendita ha diritto di privilegio sul fondo venduto; ma se si apre un giudizio di espropriazione in odio del secondo compratore Giulio, Cajo antico creditore di Sempronio, che ha ipoteca iscritta sul fondo A, soggetto della espropriazione, deve essere nella graduatoria preferito al privilegio competente a Tizio. Io convengo col Duranton, che il creditore dell' antico proprietario debba essere anteposto al privilegio di Tizio, primo acquirente e successivamente venditore del fondo; ma non convengo, che perciò si possa dire, che la regola detta di sopra soffre una limitazione. E vaglia il vero. Quando Tizio comprò da Sempronio il fondo A, passò il fondo nelle mani di lui coll' onere dell' ipoteca iscritta a favore di Cajo, al quale perciò competeva l' azione reale ipotecaria contro lo stesso Tizio, qual terzo possessore del fondo gravato dall' ipoteca. Allorchè avviene la seconda alienazione del fondo A, l' ipoteca di Cajo rimane ferma ed incrollabile, perchè i diritti reali seguono la cosa nelle mani di qualunque terzo possessore. Nel giudizio di espropriazione apertosi in odio di Giulio, Tizio venditore ha senza dubbio

(1) Persil, art. 2095, n. 2.
(2) Tit. 18, Des Privil. n. 26.

un privilegio sul fondo A pel prezzo dovutogli; ma su qual fondo ha egli un tal privilegio? su di un fondo non libero, su di un fondo gravato d' ipoteca a favore di Cajo, gravato cioè di quella ipoteca, che era inerente al fondo sin da quando esso Tizio ne fece l' acquisto, e per la quale poteva esso medesimo essere efficacemente molestato dal creditore Cajo con azione ipotecaria. Il privilegio del venditore Tizio potrebbe impedire gli effetti di una servitù reale imposta e costituita legalmente sul fondo dal suo autore? No certamente. Se egli ha in buona fede comprato il fondo A gravato di servitù, credendolo libero, ciò nullameno il diritto di servitù rimane vivo e fermo; e quando egli esercita il suo privilegio in odio del secondo compratore Giulio, e domanda la vendita giudiziale del fondo espropriato, non potrà non subire gli effetti e le conseguenze di questa servitù, la quale potrebbe diminuire di tanto il valore del fondo, già venduto come libero, da impedire la integrale soddisfazione del grado privilegiato a lui assegnato. Per la stessa ragione Tizio secondo venditore, nel caso da noi supposto, dovendo esercitare il privilegio su un fondo già gravato, per fatto del suo autore, di ipoteca a favore di Cajo, per la quale egli stesso era esposto al pericolo di una azione ipotecaria, è tenuto a sopportare le conseguenze di questa ipoteca, e tollerare la preferenza della medesima al suo grado privilegiato. Dunque, se il privilegio di Tizio rimane vinto dal credito ipotecario di Cajo, ciò non è già in forza di una limitazione alla regola stabilita dall' articolo 2095, ma un tale risultato è più presto la inevitabile conseguenza delle massime, onde è regolata la materia dei diritti reali. Non è diverso l' altro esempio recato dal Duranton. Tizio compra fondi gravati d' ipoteca a favore di Cajo. Dopo la morte di Tizio, gli eredi procedono alla divisione dell' asse ereditario, ciascuno dei quali acquista un privilegio sulla quota dell' altro per le cause indicate nell' articolo 2103. Chi non vede che questo privilegio non può mai recar pregiudizio al credito ipotecario di Cajo? Chi non vede che l' ipoteca di Cajo deve essere preferita al privilegio dei coeredi? Chiara di ciò è la ragione. I coeredi hanno acquistato il privilegio su fondi gravati già dell' onere reale dell' ipoteca competente a Cajo, il quale come poteva muovere l' azione ipotecaria contro Tizio terzo possessore, così è in diritto di agire colla stessa azione contro quello degli eredi, a cui nelle divisioni toccarono i fondi ipote-

cati, qualunque siano i privilegi competenti ai coeredi. È dunque verissimo, che nei casi supposti dal Duranton il privilegio è vinto dall'ipoteca; ma non mi pare che si possa dire per ciò, che la regola stabilita dall'articolo 2095 soffre limitazioni. Lo stesso Duranton, enumerati i casi, che secondo lui portano una limitazione alla massima del citato articolo 2095, finisce col dire che una tale limitazione deriva dalla natura delle cose, cioè dall'inconcusso principio di ragione naturale e civile, secondo il quale chi sarebbe qual terzo possessore soggetto all'esercizio di un diritto d'ipoteca ad alcuno competente, non può mai essere in diritto di far valere un privilegio che del detto gius d'ipoteca distruggerebbe gli effetti.

30. La massima stabilita dall'articolo 2095 è stata ripetuta dall'articolo 1965 del Codice del Regno delle Due Sicilie; dall'articolo 2125 del Codice di Parma; dall'articolo 2150 del Codice di Sardegna; dal § 60 del Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj. Ma meglio di tutti definisce il privilegio l'articolo settimo della Legge *sopra i privilegi e le ipoteche* del Granducato di Toscana: « *Il privilegio è un diritto che attesa la causa particolare del credito ne assicura il pagamento con preferenza ad ogni altro credito, senza riguardo di tempo o d'ipoteca.* » Finalmente anche il Codice Estense, ripetendo la massima dell'articolo 2095 del Codice Napoleone, dispone nell'articolo 2118: « *Il privilegio è un diritto, che la qualità del credito attribuisce ad un creditore per essere preferito agli altri creditori anche ipotecarj.* »

Articolo 2096.

Fra i creditori privilegiati la preferenza viene regolata secondo le diverse qualità de' privilegi.

31. Quando concorrono più creditori chirografarj, la distribuzione del prezzo de' beni mobili ed immobili del debitore comune, si fa, come si disse, per contributo senza riguardo alcuno alla data dei crediti, giusta i principj del Romano Diritto, confermati dall'articolo 2093 del Codice Napoleone.

32. Quando concorrono più creditori ipotecarj aventi ipoteca

sulla stessa cosa, il grado è determinato dalla data di ciascuna ipoteca, secondo la regola stabilita dalla L. 2 C. *Qui potior in pignor.* « Cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure, qui prævenit tempore. » In conseguenza di questa regola Marciano nella L. 12, § 3 D. *Qui potior in pignor.*, dichiara, che se la stessa persona fa allo stesso debitore diverse somministrazioni in diversi tempi colla garanzia della stessa ipoteca, tanti saranno nella graduatoria i gradi competenti al creditore, quante saranno le diverse somministrazioni: « Si idem bis, id est, ante secundum, et post eum crediderit, in priore pecunia potior est secundo, in posteriore tertius est. » La stessa regola è pur seguita dal Codice Napoleone nell'articolo 2134, il quale dispone che l'ipoteca tanto legale, che giudiziaria, o convenzionale, non attribuisce prelazione ai creditori se non dal giorno dell'inscrizione.

33. Finalmente nel caso di concorso di più privilegi, contendenti di prelazione, la L. 32 D. *De reb. auctor. Jud. pos.* stabilisce, che la sola qualità del credito, senza alcun riguardo alla data, determinar deve il grado di prelazione: « Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa. » Questa regola è tratta dalla stessa essenza dei privilegi. Imperocchè ripetendo questi il loro diritto di preferenza dalla qualità del credito, a cui la legge accorda uno speciale favore, è chiaro che diversi dovranno essere i gradi nell'ordine dei privilegi secondo il più o meno di favore, di cui sono meritevoli le diverse cause dei crediti. La regola stabilita dalla citata L. 32 accenna propriamente ai privilegi inerenti alle azioni personali; ma la regola medesima è pur seguita rispetto alle ipoteche privilegiate, perchè anche in queste il favore della preferenza, che loro accorda la legge, tutto dipende dalla causa e dalla qualità del credito. Il perchè il Voet parlando delle ipoteche privilegiate insegna: « Inter hypothecarios privilegiati non privilegiatis, et magis privilegiati minus privilegiatis potiores sunt, habita non temporis, sed causæ ratione. » (1)

34. Derivando la regola insegnata dalla citata L. 32 dalla natura intrinseca dei privilegi, non poteva non essere abbracciata dai Compilatori del Codice Napoleone, perchè anche secondo i principj di questo Codice il privilegio è un diritto, che la sola qualità del credito attribuisce per uno speciale favore di legge ad un creditore per essere agli altri preferito. Se la sola qualità

(1) Lib. 20, tit. 4, n. 16.

del credito è la causa che muove la legge ad accordare un privilegio, la diversa qualità dei crediti, verificandosi il concorso di più privilegi, sarà anche la misura del diverso grado di favore, di cui li fa degni la legge, e quindi la sola norma e regola giusta della loro classificazione. Egli è perciò che l'articolo 2096, attenendosi rigorosamente alla massima stabilita dalla citata L. 32, fa dipendere il grado dei privilegi dalla diversa qualità dei crediti.

La regola adunque *prævalet jure, qui prævenit tempore,* tutta propria delle ipoteche, non è mai in nessun caso applicabile ai privilegi. Al tempo non ha riguardo la legge, nè quando si tratta di creditori chirografarj, nè quando si tratta di creditori privilegiati. Se non che i primi, avendo tutti sul patrimonio del debitore eguali diritti, sono pagati per contributo. I secondi, concorrendo tra loro, vengono collocati in quel rango, di cui è misura il grado di favore, che la legge accorda alla qualità del loro credito.

35. Per Gius Romano non poteva nascer mai conflitto tra i privilegi e le ipoteche privilegiate, le quali ai privilegi erano sempre preferite. Potevano solo contendere di prelazione i privilegi tra loro, e le ipoteche privilegiate tra loro. Tutti i privilegi secondo i principj del Codice Napoleone sono reali, ma alcuni essendo costituiti sopra beni mobili, altri sopra beni immobili, sarà impossibile un conflitto tra quei creditori, i cui privilegi gravitano sopra un subietto di diversa natura. Così i privilegi speciali sopra beni mobili non potranno mai venire in lotta e contrastare di prelazione coi privilegi speciali sopra beni immobili. (1) Ma qualunque volta il conflitto è possibile, non impedito dalla diversa qualità e natura del subietto, sul quale i privilegi sono radicati, la graduazione si farà colla regola fissata dalla citata L. 32, cioè *non ex tempore, sed ex causa,* ripetuta e confermata dall' articolo 2096.

36. La stessa regola è stata accettata e ripetuta dal Codice del Regno delle Due Sicilie nell' articolo 1966; dal Codice di Parma nell' articolo 2126; dal Codice del Regno di Sardegna nell'articolo 2151. Finalmente la medesima regola è stata adottata dal Codice Estense, il quale nell' articolo 2119 dispone: « *Fra i creditori privilegiati la preferenza viene regolata secondo le diverse qualità dei privilegi.* »

(1) Troplong, chap. 2, art. 2096, n. 31.

Articolo 2097.

I creditori privilegiati che sono nel medesimo grado, sono pagati in proporzione eguale.

37. La regola del pagamento per contributo, che si osserva nella distribuzione del prezzo dei beni del debitore tra i creditori chirografarj, non è propria soltanto di questa classe di creditori. Siccome la distribuzione per contributo serve a mantenere tra i creditori chirografarj la eguaglianza, a cui essi hanno diritto; così alla stessa maniera di distribuzione deve necessariamente farsi luogo in tutti quei casi, in cui concorrono creditori che hanno diritti eguali, e che perciò sonò posti tra loro in tale condizione, da non potere far valere l' uno contro l'altro alcun titolo di prelazione. Perciò questa stessa regola del contributo viene dalle Romane Leggi applicata al caso di più creditori ipotecarj, ai quali sia stata data nello stesso atto una ipoteca sugli stessi beni. Tra i creditori ipotecarj il grado è determinato dalla data della ipoteca, giusta l' assioma *qui prior est in tempore, potior est in jure*. Quando però vi sono due o più creditori ipotecarj, nessuno dei quali possà opporre agli altri l'anteriorità di data dèlla rispettiva ipoteca, il pagamento per contributo diviene una necessità, onde sia fra loro rispettata la eguaglianza, a cui hanno diritto, non potendo alcuno di essi vantare il titolo di preferenza che deriva dalla anteriorità del tempo. Il caso di una ipoteca data dal debitore nello stesso atto a più persone è contemplato e deciso dalla L. 16, D. § 8, *De pignor. et hyp.*, la quale dichiara appunto doversi far luogo tra esse al contributo: « Si duo pariter de hypoteca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quæritur? Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. » Per mostrare sino a qual punto la regola del contributo è dal Romano Diritto osservata tra i creditori ipotecarj che hanno una ipoteca della stessa data, basti il citare la L. 96, § 3 D. *De solut. et liberat.*, la quale contemplando il caso di una ipoteca data da un debitore alla stessa persona nello stesso atto per due distinti crediti, e supponendo che il prezzo dei beni

ipotecati non basti all' intiero pagamento di ambedue i crediti, decide che il creditore è costretto ad accettare la soddisfazione parziale per contributo dell' uno e dell' altro credito: « Cum eodem tempore pignora duobus contractibus obligantur, pretium eorum pro modo pecuniæ cujusque contractus creditor accepto facere debet: nec in arbitrio ejus electio erit, cum debitor pretium pignoris consortioni subjecerit: quod si temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit; prius debitum pretio pignorum jure solvetur, secundum superfluo compensabitur. »

38. Non segue il Gius Romano una diversa regola, la regola cioè del contributo, nel caso di più privilegi dello stesso titolo e grado. Quando concorrono più creditori, che hanno lo stesso privilegio, p. e. più persone che hanno sostenute le spese funeratizie, nessuno certamente può far valere in concorso degli altri il suo privilegio e reclamare il diritto di prelazione che dal privilegio discende, perchè è assioma inconcusso di Giurisprudenza *privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utitur privilegio.* Posti pertanto i creditori privilegiati nella impossibilità di far valere il loro privilegio, rimangono nell' esser puro e semplice di creditori chirografarj. E siccome tra i creditori chirografarj si osserva la regola del contributo, così colla stessa regola devono essere trattati i creditori, che insieme concorrono muniti dello stesso titolo di privilegio. Perciò la già citata L. 32 D. *De reb. auctor. Jud.*, non contenta di avere stabilito il principio, che deve servire di norma nella graduazione dei privilegi, *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa,* fissa altresì la regola del contributo da osservarsi tra i creditori, che hanno lo stesso privilegio: *Et, si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.*

Finchè si tratta del concorso di più privilegi dello stesso titolo, tutti gl' Interpreti del Diritto Romano sono d' accordo nell' ammettere tra essi il contributo, *licet diversitates temporis in his fuerint.* Ma non tutti convengono che la regola del contributo possa e debba applicarsi al caso di concorso di più ipoteche privilegiate dello stesso titolo. Le ipoteche privilegiate sono un composto d' ipoteca e di privilegio, e contengono in sè due diritti, la ipoteca semplice cioè ed il privilegio. Al contrario i privilegi del Gius Romano non contengono in sè che un solo diritto, cioè il privilegio puro scompagnato da ogni ipoteca. Quando pertanto

concorrono tra loro più di questi privilegi dello stesso titolo, i creditori sono ridotti alla condizione dei chirografarj puri e semplici, dovendo far tacere in confronto degli altri il loro privilegio; e come tali devono essere pagati per contributo, senza riguardo alcuno alla data dei rispettivi crediti. Ma quando concorrono più creditori aventi ipoteca privilegiata dello stesso titolo, non potendo questi far valere il privilegio inerente alla loro ipoteca giusta il citato assioma *privilegiatus contra æque privilegiatum privilegio non utitur*, sono ridotti non già alla classe e condizione dei creditori chirografarj, ma alla condizione dei creditori che hanno semplice ipoteca non privilegiata. E però questi creditori aventi ipoteca privilegiata dello stesso titolo non dovranno essere trattati e pagati colla regola del contributo, che si osserva tra i chirografarj, ma invece dovranno essere graduati e soddisfatti colla regola *qui prior est in tempore, potior est in jure*, propria dei creditori che hanno una semplice ipoteca. La natura intrinseca dei privilegi e delle ipoteche privilegiate vuole e domanda una regola diversa, qualunque volta accade un concorso o di più privilegi, o di più ipoteche privilegiate dello stesso titolo. Nel primo caso l'unica regola giusta da osservarsi è la regola del contributo stabilita dalla citata L. 32; nel secondo caso il grado deve essere determinato dalla data delle rispettive ipoteche, e quindi le ipoteche anteriori di tempo devono essere alle posteriori preferite. Di queste massime è caldo sostenitore il Voet, il quale, stabiliti i principj, che nell' ordine e categoria dei creditori ipotecarj, gl' ipotecarj privilegiati sono preferiti agl' ipotecarj semplici, ed i più privilegiati ai meno privilegiati, avuto riguardo non al tempo, ma alla causa e titolo delle ipoteche privilegiate, conclude: « Si plures eodem gaudeant privilegio, privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utitur privilegio, sed prior tempore, potior jure est. » (1) E rispondendo il Voet all' obiezione che da altri Interpreti di contrario avviso si trae dalla L. 32 D. *De reb. auctor. Jud. pos.* avverte, che questa legge, la quale si riferisce ai soli privilegi inerenti alle azioni personali, non è punto applicabile alle ipoteche privilegiate, come quelle che comprendendo in sè il gius d'ipoteca e il privilegio, devono essere sottoposte alla regola *qui prior est in tempore, potior est jure,* cui sono soggette le ipoteche semplici, qualunque volta

(1) Lib. 20, tit. 4, n. 16.

il concorso di più ipoteche privilegiate dello stesso titolo e grado faccia tacere il privilegio.

39. Il Codice Napoleone, sebbene non ammetta i privilegi inerenti alle azioni personali, e abbia dato a tutti i privilegi il carattere e natura di *reali*, volendo siano costituiti e radicati sui beni o mobili o immobili del debitore, tuttavia, contemplando il caso di concorso di più privilegi di egual grado, s'attiene strettamente alla massima stabilita dalla più volte citata L. 32 D. *De reb. auct. Jud.*, e vuole che i creditori privilegiati, che sono nel medesimo grado, siano pagati in proporzione eguale, ossia per contributo. Come la L. 32 non tiene conto della diversa data dei privilegi di egual grado, così anche il Codice Napoleone fra più creditori privilegiati di egual grado vuole il pagamento per contributo, senza riguardo alcuno al tempo e alla data dei crediti.

40. Il Troplong, censurando la disposizione dell'articolo 2097, dice che il carattere attribuito ai privilegi, che tutti sono *reali*, non permetteva al legislatore di esser ligio alla disposizione della L. 32 già citata, la quale si riferisce ed è applicabile soltanto ai privilegi personali o chirografarj, e non alle ipoteche privilegiate. Secondo il Troplong, ammesso il principio, che ogni privilegio è un diritto reale, era una necessità e conseguenza il dover dichiarare, che nel caso di più privilegi di egual grado, la priorità del tempo dovesse, come nelle ipoteche semplici, determinare il grado di preferenza. (1)

Io non posso associarmi alla critica fatta dall' illustre Troplong alla disposizione dell' articolo 2097, e a me pare al contrario sia da lodarsi il senno dei Compilatori del Codice Napoleone per avere applicata ai privilegi di egual grado la massima della citata legge 32. E vaglia il vero. Il Codice Napoleone vuole che il prezzo dei beni del debitore si comparta fra i creditori per contributo, quando non vi siano cause legittime di prelazione fra essi, senza riguardo alla data dei crediti, e pone per cause di prelazione i privilegi e le ipoteche. Quando pertanto il titolo che dà diritto alla prelazione, o sia una ipoteca, o sia un privilegio, deve tacere in concorso di creditori muniti di un titolo eguale, rimane applicabile la regola generale del contributo. È verissimo, che i moderni privilegi sono reali, e sotto questo aspetto sentono della ipoteca privilegiata romana; ma se, quanto

(1) Des Privil. et Hyp., art. 2097, n. 86.

al vincolo reale, i privilegi del Codice Napoleone hanno somiglianza all' antica ipoteca privilegiata, non bisogna per ciò inferirne che la natura di questi privilegi s' accordi in tutto alla natura della ipoteca privilegiata del Gius Romano, mentre anzi i privilegi moderni sono gli stessi privilegi antichi, tranne la differenza del vincolo, che nei primi è reale, e personale nei secondi. Le ipoteche privilegiate antiche erano vere ipoteche o legali o convenzionali, e si chiamavano ed erano privilegiate per ciò solo che alle medesime era accordata per favore di legge la preferenza a qualunque altra ipoteca anteriore. Perciò il Voet dice: « Inter hypothecarios privilegiati non privilegiatis potiores sunt. » (1) Ho detto che le ipoteche privilegiate erano vere ipoteche *o legali o convenzionali*, perchè il privilegio era cosa talmente distinta dalla ipoteca a cui era attribuito, che non sempre la ipoteca, a cui veniva concesso il favore del privilegio, derivava dalla legge, ma in molti casi dovea essere convenuta dalla volontà dei contraenti. Colla L. 12 C. *Qui pot. in pign.* p. e. Giustiniano accorda il privilegio alla tacita ipoteca già concessa alle mogli a garanzia delle loro doti. Al contrario la L. 7 C. *Qui pot. in pign.* ci mostra il caso di un privilegio accordato ad una ipoteca convenzionale: « Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores; tamen eum, cujus pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. » Quest' ultima legge accorda il privilegio, ossia il gius di prelazione, al creditore, i cui denari furono impiegati nell' acquisto di un fondo, purchè però il fondo comprato gli sia stato specialmente vincolato in ipoteca. Ecco che la legge concede il privilegio ad una ipoteca, che deve nascere dalla convenzione delle parti. Nelle ipoteche privilegiate adunque non bisogna confondere il gius di privilegio col gius d' ipoteca. Il gius di privilegio è una qualità aggiunta dal favore della legge ad una ipoteca o legale o convenzionale, e non può nascere che dalla legge, la quale sola ne può essere la causa creatrice. Il gius d' ipoteca, a cui è concesso il favore del privilegio, può derivare o dalla legge o dalla convenzione. Tanto è vero che nelle ipoteche privilegiate il gius di privilegio è cosa distinta dal gius della ipoteca. E non essendo il detto gius di privilegio che una qualità per favore di

(1) Lib. 20, tit. 4, n. 16.

legge aggiunta ad una ipoteca, la quale sussiste indipendentemente dal medesimo, è chiaro che sebbene la ipoteca acquisti, in grazia del concessole diritto di privilegio, il carattere di ipoteca privilegiata, non cessa di appartenere alla classe delle ipoteche. Ciò spiega il perchè nelle ipoteche privilegiate di egual grado, nelle quali nessuno dei creditori concorrenti può far valere il diritto di prelazione attribuito alla sua ipoteca, restano i creditori nella classe dei semplici ipotecarj, e devono perciò essere graduati giusta la regola *qui prior est in tempore*, *potior est in jure*.

Al contrario, i privilegi del Codice Napoleone sono creati nella loro interezza di privilegi reali immediatamente dalla legge, che li concede alla qualità del credito. In questi privilegi, che nascono dalla legge nel modo stesso che dalla Legge Romana nascevano i privilegi personali, non si distingue il gius reale dal gius di prelazione. È talmente immedesimato il gius di prelazione col gius reale, che forma con esso un diritto uno ed indivisibile. La *realità,* dirò così, dei privilegi del Codice Napoleone è un loro modo di essere, come era un loro modo di essere la *personalità* degli antichi privilegi. Quando pertanto più creditori, che hanno un privilegio di egual grado, concorrono, non potendo far valere l' uno contro l' altro il diritto di prelazione in forza dell' assioma *privilegiatus contra æque privilegiatum privilegio non utitur,* devono essere trattati come se d' ogni privilegio fossero privi. E come per Gius Romano i creditori aventi privilegio personale di egual grado, impediti dal concorso a far valere il privilegio loro, erano pagati per contributo, così è giusto che colla stessa regola del contributo siano pagati i privilegi reali del Codice Napoleone di egual grado, che insieme vengono a concorso. Imperocchè il privilegio, del quale è impedito l' esercizio dal concorso di più creditori privilegiati di egual grado, essendo, come si disse, un diritto uno ed indivisibile, non si può scindere, e deve tacere nella sua integrità. O sia reale il privilegio, o sia personale, la regola stabilita dalla più volte citata L. 32, D. *De reb. auctor. Jud.,* è la più giusta e la più filosofica che nel concorso di più privilegi di egual grado si potesse seguire. Il carattere di *reali,* attribuito dal Codice Napoleone ai privilegi, non poteva determinare i suoi Compilatori ad allontanarsi dalla disposizione di detta L. 32. Imperocchè il detto carattere non è che una qualità, un modo di essere in somma

di questo diritto che si chiama *privilegio;* e non può stare che i creditori, che non possono giovarsi del loro privilegio, possano far valere una qualità dello stesso privilegio, ossia il gius reale al medesimo inerente, quasi una tale qualità fosse un diritto principale e distinto dal privilegio. Se il privilegio deve tacere, ripetiamolo pure, deve tacere nella sua interezza, nel suo essere, cioè, uno ed indivisibile di privilegio reale.

Non mi si opponga la disposizione dell'articolo 2113, in forza della quale i crediti privilegiati sottoposti alla formalità dell'inscrizione, per i quali non si sono osservate le condizioni prescritte affine di conservare il privilegio, non lasciano tuttavia di essere ipotecarj; e non si dica perciò che nei privilegi reali del Codice Napoleone si deve tenere distinto, come nelle ipoteche privilegiate romane, il gius d'ipoteca dal gius di privilegio o prelazione, e che, dovendo tacere il gius di privilegio, hanno i creditori privilegiati di egual grado insieme concorrenti a considerarsi e tenersi in conto di semplici creditori ipotecarj. Questa obiezione per me non ha forza. Nelle ipoteche privilegiate antiche, il diritto principale competente al creditore era l'ipoteca, sia che questa nascesse dalla legge o dalla convenzione delle parti. Il gius di privilegio o prelazione era una semplice qualità e modalità dalla legge accordata alla ipoteca. E però qualunque volta i creditori aventi ipoteca privilegiata di egual grado insieme concorrenti, non potevano far valere questa qualità o modalità attribuita dalla legge alla loro ipoteca, cioè il gius di privilegio, rimanevano creditori ipotecarj puri e semplici, e quindi soggetti alla regola della anteriorità del tempo. Nei privilegi reali del Codice Napoleone la cosa procede diversamente. Il privilegio, ossia il gius di prelazione attaccato al credito, è il diritto principale; il gius reale inerente al privilegio è una mera qualità o modalità dello stesso privilegio. Quando il creditore, in concorso di altri creditori privilegiati di egual grado, non potrà giovarsi del suo privilegio, nè pure potrà far valere una modalità pura dello stesso privilegio.

L'obiezione tratta dall'articolo 2113, secondo il mio modo di vedere, è più speciosa che giusta. Nel più si contiene il meno, e però essendo i privilegi del Codice Napoleone reali, hanno in sè virtualmente il gius d'ipoteca, che è essenzialmente un gius reale. È perciò naturale che la legge al creditore privile-

giato, che trascurò le formalità necessarie alla conservazione del suo privilegio, lasci almeno il gius d' ipoteca inerente virtualmente ai privilegi reali. In forza pertanto della disposizione del detto articolo 2113 i privilegi si considerano e sono trattati come ipoteche, quando hanno cessato di essere privilegi. Ma finchè i crediti privilegiati conservano il loro diritto di privilegio, finchè insomma sono privilegi, il gius d' ipoteca rimane assorbito, dirò così, dal gius di privilegio, e i creditori privilegiati non potranno mai considerarsi come creditori ipotecarj, ed essere trattati colle regole a cui sono soggette le semplici ipoteche. Quando due creditori privilegiati di egual grado concorrono fra loro, forse che si trasmutano in creditori ipotecarj semplici? No certamente. I creditori privilegiati si convertono in creditori ipotecarj semplici in un caso soltanto, nel caso contemplato dall' articolo 2113, quando cioè hanno cessato di essere privilegiati. Finchè i creditori continuano ad essere privilegiati, non potranno mai considerarsi ed essere trattati come ipotecarj. Quando due creditori privilegiati di egual grado concorrono, non cessano già di essere creditori privilegiati, perchè abbiano perduto il loro privilegio; solamente il concorso fa sì, che essi sono impediti dall' esercitare un privilegio che hanno, e che non ha cessato di esistere. Altra cosa è che un privilegio abbia cessato di esistere, e siasi trasmutato in un diritto meno pingue, ossia in un gius d' ipoteca; altra cosa è che uno sia impedito dall' esercizio del suo privilegio in grazia dell' assioma *privilegiatus contra æque privilegiatum privilegio non utitur.* Nel primo caso il privilegio passa dalla categoria dei privilegi, a cui apparteneva, a quella delle semplici ipoteche, e cade necessariamente sotto quelle regole, a cui le ipoteche sono soggette. Nel secondo caso i creditori, a cui viene impedito l' esercizio del privilegio che loro compete, devono considerarsi e trattarsi come se fossero creditori senza privilegio, ossia come se il loro privilegio non avesse mai avuto esistenza, e però come creditori chirografarj. Io credo pertanto che i Compilatori del Codice Napoleone, lungi dal meritare la censura che fa il Troplong all' articolo 2097, abbiano mostrato gran senno applicando ai privilegi, tuttochè reali, la massima stabilita dalla citata L. 32 pei privilegi personali. Mi perdoni l' illustre Troplong, se io oso lodare la legge sopra un punto ch' egli trova degno di censura e di biasimo.

41. Concludiamo dunque che la disposizione dell' articolo 2097 è la ripetizione fatta con molto senno e giustizia della massima proclamata dalla L. 32, D. *De reb. auctor. Jud. possid.:* « et si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint. » Alla qual parola *concurrunt* nota appunto il Brunemanno*: id est ipsis pro rata simul solvitur;* ossia *in proporzione eguale*, come dice l' articolo 2097.

42. Vatimesnil non credè di dover portare a questa disposizione alcuna modificazione, e la ripetè nell' articolo 2098 del suo Progetto nei seguenti termini: « *Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence.* » (1) E quest' articolo venne senza opposizione adottato dall' Assemblea della Repubblica Francese. (2)

43. La stessa massima è ripetuta dall'articolo 1967 del Codice del Regno delle Due Sicilie; dall' articolo 2164 del Codice di Parma; dall'articolo 2152 del Codice del Regno di Sardegna; dal § 74 del Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj; e dall'articolo 51 del Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche.* Finalmente anche il nuovo Codice Estense ripetendo la stessa massima dispone nell' articolo 2155: *I creditori privilegiati, che si trovano nel medesimo grado, vengono pagati per contributo.* »

Articolo 2098.

Il privilegio dipendente dai diritti del Tesoro pubblico, ed il grado in cui può esercitarsi, sono regolati dalle leggi che riguardano tali diritti.

Ciò non ostante il Tesoro pubblico non può ottenere alcun privilegio in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi anteriormente.

44. Il Gius Romano accordava al Fisco, ossia al Tesoro pubblico, nell' esercizio delle azioni personali a lui competenti, il privilegio, ossia il diritto di essere preferito a qualunque cre-

(1) Moniteur, n. 116, 26 avril 1850.
(2) Moniteur, n. 346, 12 décembre 1850.

ditore chirografario. (1) Questo privilegio però era accordato alle azioni del Fisco, sì veramente che non fossero azioni penali. Quando il Fisco si faceva ad esigere una pena, la L. 17, D. *De jure Fisci,* gli negava ogni privilegio: « In summa sciendum est, omnium fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi. » Alla qual legge 17 serve d' interpretazione la L. 37, D. *De jure Fisci,* la quale spiega come debba intendersi la massima, che il Fisco, allorchè si fa esattore di una pena, va posposto agli altri creditori: « Quod placuit, *Fisco non esse pœnam petendam, nisi creditores suum recuperaverint;* eo pertinet, ut privilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non ut jus comune privatorum Fiscus amittat. »

Oltre il privilegio nell'esercizio delle azioni personali, la L. 1, C. *In quib. caus. pign. tac. contr.,* accorda al Fisco una tacita ipoteca a garanzia de' tributi: « Universa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt. » La L. 2, C. dello stesso titolo, estende questa tacita ipoteca a carico di chiunque contratta col Fisco: « Certum est ejus, qui cum Fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari; quamvis specialiter id non exprimatur. » Che anzi la L. 46, § 3, D. *De jure Fisci,* accorda questa tacita ipoteca al Fisco in termini generali ed assoluti per garanzia di qualunque credito: « Fiscus semper habet jus pignoris. » Finalmente la L. 4, C. *In quib. caus. pign.,* vincola a tacito pegno a favore del Fisco a garanzia dell' azienda militare affidata al Primipilo, ossia al Centurione che guidava la prima centuria de' Pilani, non solo i beni del Primipilo, ma in sussidio ancora i beni dotali della moglie: « Satis notum est, et ratione constitutum, bona earum in dotem data, quæ nuptæ sunt his, qui primipili *sarcinam subeunt,* obnoxia necessitati ejus teneri: verum certo ordine, ut scilicet tunc demum ad hoc periculum mulieris patrimonium respiciat, si universis viri ac nominatorum facultatibus exhaustis, nihil residuum inveniatur. » Ma per l'esazione delle pene, come al Fisco era negato il privilegio personale, era per la stessa ragione negata la tacita ipoteca. Di ciò fa fede il Voet, il quale insegna d' altra parte, che la tacita ipoteca a garanzia dei tributi e dell' amministrazione del Primipilo era una ipoteca privilegiata. (2) Questi privilegi al Fisco con-

(1) Pothier, Pand. lib. 49, tit. 14, De jure Fisci, n. 37.
(2) Lib. 20, tit. 2, n. 8, 9; e tit. 4, n. 22.

cessi sono dalla L. 6, § 2, D. *De jure Fisci,* estesi altresì al Tesoro della Corona: « Quodcumque privilegii Fisco competit, hoc idem et Cæsaris ratio, et Augustæ habere solet. »

45. Anche alle Città o Municipj la L. 38, § 1, D. *De reb. auctor. Jud. poss.,* accorda il privilegio come al Fisco, ossia il diritto di prelazione a qualunque creditore chirografario: « Respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus præfertur. » Ma alle Città non era concessa, come al Fisco, la tacita ipoteca sui beni dei debitori. Ciò risulta dalla L. 10, D. *Ad Municip.,* la quale accennando alla tacita ipoteca al Fisco competente sui beni dei debitori, dice: « Simile privilegium Fisco nulla Civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a Principe datum sit. » E la L. 2, C. *De jure Reip.,* dichiara che le Città appartengono alla classe dei creditori chirografarj, a meno che il pegno o non sia stato ad alcuna concesso da una legge speciale, o non sia stato per convenzione costituito: « An Respublica, in cujus locum successistis, ideo, quia satisfecisse debito vos proponitis, jus pignoris in eo fundo habeat, apud suum judicem quæritur: si enim neque beneficio sibi concesso id jus nacta est, neque specialiter in obligatione pignoris sibi prospexit; causa ejus non separatur a cæteris creditoribus, qui habent personalem actionem. » Dalle quali ultime parole, *causa ejus* ec., non deve però argomentarsi che alle Città manchi il privilegio, di cui fa parola la citata L. 38, D. *De reb. auctor. Jud. possidendis.* Imperocchè, non ostante il detto privilegio, le Città non cessano di appartenere alla classe dei creditori chirografarj, *qui habent personalem actionem,* essendo i privilegi, come fu detto a suo luogo, diritti puramente chirografarj. Perciò il Brunemanno commentando la citata L. 2, C. *De jure Reip.,* detto che alla Città compete ipoteca sui beni dei suoi amministratori, conclude: « In aliorum tamen debitorum suorum bonis non jus reale, sed personale privilegium tantum habet. »

46. Il Codice Napoleone nell' articolo 2098 accorda in termini generali al Tesoro pubblico il diritto di privilegio sui beni de' suoi debitori. Quest' articolo però non fa altro che proclamare un principio, cioè che il Tesoro pubblico è un creditore privilegiato; ma il legislatore vuole e dichiara che i diritti del Tesoro e il grado, in cui possono esercitarsi, siano regolati da

leggi speciali. La ragione, per cui il legislatore ha voluto che il privilegio del Tesoro sia regolato da leggi particolari, trovasi chiaramente indicata in una Circolare del Gran Giudice del 23 nevoso, anno 12, il quale dice che il Regime Ipotecario è stabilito per regolare soltanto i diritti rispettivi dei creditori sui beni dei debitori, e per fissare l'ordine, nel quale essi devono essere pagati, e non concerne punto i diritti della Nazione, se non quando essa si presenta come creditrice, e per titoli risultanti solamente dalle sue proprietà e dominj particolari. (1) Le parole del Gran Giudice s'accordano collo spirito, onde è dettata la disposizione della L. 1, C. *De condictione ex lege*, la quale parlando dei privilegi del Fisco, così si esprime: « cujus *ob necessitates publicas* causam potiorem esse oportet. »

47. Tre sono le leggi, da cui sono fissati e regolati i privilegi del pubblico Tesoro, cioè 1° una legge del 5 settembre 1807, che determina i diritti del Tesoro sui beni dei contabili; 2° un'altra legge del 5 settembre 1807 relativa al modo di riscuotere le spese di giustizia a pro del Tesoro pubblico in materia criminale, correzionale, e di polizia; 3° finalmente una legge del 12 novembre 1808 riguardante il privilegio del Tesoro per la riscossione delle contribuzioni dirette. Onde i Giovani, che allo studio si danno del Sistema Ipotecario, conoscano i diritti che al Tesoro furono accordati, trascriverò qui le citate leggi riportate anche dal Persil e dagli altri Commentatori del Diritto Francese.

48. *Legge del* 5 *settembre* 1807 *relativa ai diritti del Tesoro pubblico sopra i beni dei contabili.*

Art. 1. « I privilegi e le ipoteche conservate dagli articoli 2098 e 2121 del Codice Civile in favore del Tesoro pubblico sui beni mobili ed immobili de' contabili incaricati della esazione o del pagamento del suo danaro, sono regolati come segue:

Art. 2. » Il privilegio del Tesoro pubblico ha luogo sopra tutti i beni mobili de' contabili, anche a riguardo delle loro mogli separate di beni per i mobili trovati nelle case di abitazione del marito, tranne quando esse giustifichino legalmente che i mobili medesimi loro fossero pervenuti per propria spettanza,

(1) Persil, Régime Hyp, art. 2098, n. 25.

o che il danaro impiegato per acquistarli ad esse appartenesse.

» Questo privilegio però non si esercita se non dopo i privilegi generali e particolari enunciati negli articoli 2101 e 2102 del Codice Civile.

Art. 3. » Il privilegio del Tesoro pubblico sulle cauzioni de' contabili continuerà ad essere regolato dalle leggi in vigore.

Art. 4. » Il privilegio del Tesoro pubblico ha luogo, 1° sugli stabili acquistati da' contabili a titolo oneroso posteriormente alla loro nomina; 2° sopra quelli acquistati allo stesso titolo, e dopo la nomina, dalle loro mogli anche separate di beni.

» Sono però eccettuati gli acquisti a titolo oneroso fatti dalle mogli, allorchè verrà legalmente giustificato ch' essi siensi fatti con denaro alle medesime appartenente.

Art. 5. » Il privilegio del Tesoro pubblico mentovato di sopra nell' art. 4° ha luogo uniformemente agli articoli 2106 e 2113 del Codice Civile, purchè vi sia una inscrizione che deve esser presa tra il periodo di due mesi dopo il registro dell' atto traslativo di proprietà.

» Esso in niun caso potrà recar pregiudizio, 1° ai creditori privilegiati indicati nell' art. 2103 del Codice Civile, allorchè abbiano adempiuto alle condizioni per ottener il privilegio; 2° ai creditori designati negli articoli 2101, 2104 e 2105 del Codice Civile, nel caso preveduto dall' ultimo di tali articoli; 3° ai creditori del proprietario precedente, i quali avessero sui beni ipoteche legali esistenti indipendentemente dalla inscrizione, o qualunque altra ipoteca validamente inscritta.

Art. 6. » Riguardo agli stabili de' contabili, i quali ad essi appartenevano prima della loro nomina, il Tesoro pubblico ha una ipoteca legale col peso della inscrizione, uniformemente agli articoli 2121 e 2134 del Codice Civile.

» Il Tesoro pubblico ha una simile ipoteca, e collo stesso peso, sui beni acquistati da' contabili con un titolo diverso dall' oneroso, posteriormente alla loro nomina.

Art. 7. » A contare dalla pubblicazione della presente legge, tutti i ricevitori generali di dipartimento, tutti i ricevitori particolari di circondario, tutti i pagatori generali e di divisione,

come pure i pagatori di dipartimento, de' porti e delle armate, saran tenuti di enunciare i loro titoli e le loro qualità negli atti di vendita, di acquisto, di divisione, di cambio ed altri traslativi di proprietà che stipuleranno, sotto pena di destituzione, ed in caso d' insolvibilità verso il Tesoro pubblico, sotto pena di esser portati in giudizio come bancarottieri fraudolenti.

» I ricevitori del registro ed i conservatori delle ipoteche in vista di tali atti, anche a pena di destituzione e di più de' danni ed interessi, saranno tenuti di dimandare o di fare l' inscrizione a nome del Tesoro pubblico per la conservazione de' suoi diritti, e d' inviare tanto al Procurator Regio del tribunale di prima istanza del circondario ove esistono i beni, quanto all' agente del Tesoro pubblico in Parigi, la nota prescritta dagli articoli 2148 e seguenti del Codice Civile.

» Sono però eccettuati i casi, ne' quali trattandosi di fare un' alienazione, il contabile avrà ottenuto un certificato dal Tesoro pubblico, dichiarante che il fondo da alienarsi non è soggetto alla inscrizione da parte del Tesoro. Siffatto certificato verrà enunciato colla sua data nell' atto di alienazione.

Art. 8. » In caso di alienazione per parte di qualsivoglia contabile de' beni soggetti ai diritti del Tesoro pubblico sia per privilegio, sia per ipoteca, gli agenti del Governo procureranno per le vie di diritto la riscossione delle somme, delle quali il contabile si trovasse costituito debitore.

Art. 9. » Nel caso che il contabile non si trovasse attualmente costituito debitore, il Tesoro pubblico sarà tenuto, nel termine di tre mesi, a contare dalla notificazione che gli verrà fatta, ai termini dell' articolo 1283 del Codice Civile, di rilasciare e depositare nella cancelleria del tribunale del circondario, ove sono i beni venduti, un certificato che comprovi lo stato del contabile; in difetto, spirato questo termine, la cancellazione della inscrizione avrà luogo di diritto, e senza bisogno di sentenza.

» La cancellazione avrà egualmente luogo di diritto nel caso che il certificato dichiarerà che il contabile non è debitore verso il Tesoro pubblico.

Art. 10. » La prescrizione de' diritti del Tesoro pubblico stabilita dall' art. 2227 del Codice Civile, corre in favor de' contabili dal giorno in cui è cessato il loro esercizio.

Art. 11. » Tutte le disposizioni contrarie alla presente legge sono abrogate. »

49. *Legge del 5 settembre 1807 relativa ai diritti del Tesoro pubblico per ricuperare le spese di giustizia in materia criminale, correzionale, e di polizia.*

Art. 1. « In conseguenza dell' articolo 2098 del Codice Civile, il privilegio del Tesoro pubblico sarà regolato nel modo seguente, per ciò che riguarda il rimborso delle spese, per le quali trovasi pronunziata una condanna in suo favore, in materia criminale, correzionale, e di polizia.

Art. 2. » Il privilegio del Tesoro pubblico sui mobili ed effetti mobiliari de' condannati si eserciterà dopo gli altri privilegi e diritti qui appresso mentovati: cioè 1° i privilegi indicati negli articoli 2101 e 2102 del Codice Civile; 2° le somme dovute per la difesa personale del condannato, le quali, in caso di contestazione per parte dell' amministrazione de' demanj, saran tassate secondo la natura dell' affare dal tribunale che avrà pronunziata la condanna.

Art. 3. » Il privilegio del Tesoro pubblico sopra gl' immobili del condannato avrà luogo col peso della inscrizione da prendersi fra due mesi dal dì della condanna; scorso il qual termine, i diritti del Tesoro pubblico non potranno esercitarsi se non in conformità dell' art. 2113 del Codice Civile.

Art. 4. » Il privilegio menzionato nell' antecedente art. 3 si eserciterà dopo i privilegi e i diritti seguenti:

» 1° I privilegi indicati nell' art. 2101 del Codice Civile, nel caso preveduto dall' art. 2105;

» 2° I privilegi enunciati nell' articolo 2103 del Codice Civile, purchè sieno state osservate le condizioni prescritte per la conservazione de' medesimi;

» 3° Le ipoteche legali che esistono indipendentemente dalla iscrizione, purchè però siano anteriori al mandato di arresto, nel caso che trovasi spedito contro il condannato; e negli altri casi, siano anteriori alla sentenza di condanna;

» 4° Le altre ipoteche, purchè i crediti siano stati inscritti nell' Uffizio delle Ipoteche prima del privilegio del Tesoro pubblico, e risultanti da atti che abbiano data certa anteriore al mandato di arresto o alla sentenza di condanna;

» 5° Le somme dovute per la difesa personale del condan-

nato, salvo il regolamento, del quale si è parlato nell'antecedente articolo 2.

Art. 5. » Tutte le disposizioni contrarie alla presente legge sono abrogate. »

50. *Legge dei* 12 *novembre* 1808 *relativa al privilegio del Tesoro pubblico per la riscossione delle contribuzioni dirette.*

Art. 1. « Il privilegio del Tesoro pubblico per la riscossione delle contribuzioni dirette è regolato nel modo che segue, e si esercita prima d'ogni altro:

» 1° Per la contribuzione fondiaria dell'annata decorsa e della corrente sulle ricolte, frutti, pigioni, e rendite de' beni immobili soggetti alla contribuzione;

» 2° Per l'annata decorsa e la corrente delle contribuzioni mobiliari delle porte e finestre, delle patenti e di ogni altra contribuzione diretta e personale, sopra tutti i mobili ed altri effetti mobiliari appartenenti ai debitori, in qualunque luogo si trovino.

Art. 2. » Tutti i fittaiuoli, inquilini, esattori, economi, notaj, uscieri ed altri depositarj e debitori di denaro proveniente da beni de' debitori soggetti al privilegio del Tesoro pubblico, saran tenuti, dietro la dimanda che ad essi verrà fatta, di pagare in iscarico de' debitori, sulle somme che debbono e che sono nelle loro mani, sino alla concorrenza di tutto o di parte delle contribuzioni dovute da questi ultimi; le quietanze de' percettori per le somme legittimamente dovute, saranno loro discaricate ne' conti.

Art. 3. » Il privilegio attribuito al Tesoro pubblico per la riscossione delle contribuzioni dirette, non pregiudica agli altri diritti che potrebbe esercitare sui beni dei debitori, come ogni altro creditore.

Art. 4. » Allorchè nel caso di pignoramento di mobili e di altri effetti mobiliari pel pagamento delle contribuzioni, venisse fatta una dimanda di richiamo di proprietà di tutto o di parte degli anzidetti mobili o effetti, non potrà questo esser portato innanzi ai tribunali ordinarj, se non dopo essere stato sommesso da una delle parti interessate all'autorità amministrativa, ai termini della legge del 5 novembre 1790. »

51. È da avvertirsi da ultimo che il Consiglio di Stato, con Parere del 25 febbraio 1808, dichiarò che gli articoli 2098 e 2121

del Codice Napoleone, e tutte le disposizioni della Legge 5 settembre 1807 relativa ai privilegi del Tesoro pubblico sopra i beni mobili e stabili delle persone obbligate a render conto, sono applicabili al Tesoro della Corona, e debbono assicurargli i medesimi privilegi e le medesime ipoteche sopra le sostanze dei suoi agenti obbligati a render conto. (1) Il qual Parere è pienamente conforme alla disposizione della citata L. 6, § 2, D. *De jure Fisci,* la quale estese al Tesoro della Corona i privilegi accordati al Fisco.

52. È pure da notarsi, che, essendo nato il dubbio, se la Legge 5 settembre 1807, che concede al Tesoro pubblico il privilegio per le spese di giustizia, fosse applicabile alle ammende, il Gran Giudice in una lettera del 19 marzo 1808 scritta al Ministro di Finanza ebbe a dichiarare, che il privilegio delle ammende non può rivivere se non in forza di una nuova legge, che espressamente lo accordi. (2)

53. Le citate Leggi contemplano i diritti di privilegio, che al Tesoro competono. Allorchè esamineremo l' articolo 2121, dei titoli, pei quali alla Nazione ed ai Comuni è concessa l' ipoteca legale, terremo discorso.

54. Dopo avere l' articolo 2098 accordato genericamente il privilegio al Tesoro, da essere regolato con leggi speciali, soggiugne che *non può il pubblico Tesoro ottenere alcun privilegio in pregiudizio de' diritti acquistati dai terzi anteriormente.* Quale è il senso di queste parole? Forse che, come alcuni hanno opinato, il privilegio del Tesoro non deve essere preferito ai crediti a lui anteriori di tempo? Ma allora a che si ridurrebbe il privilegio del Tesoro, mentre è dell' essenza di ogni privilegio il diritto di essere preferito a qualunque creditore chirografario ed ipotecario, senz'alcun riguardo alla data dei crediti? È tutt'altro il senso delle citate parole dell' articolo 2098. Quest' articolo nella prima parte accorda genericamente il privilegio al Tesoro, riservandosi di regolarlo con leggi speciali. È dunque al momento della pubblicazione di queste leggi promesse nell' articolo 2098, che il privilegio del Tesoro viene determinato e messo, dirò così, in atto. Poteva però nascer dubbio, se gli effetti in

(1) Bollettino delle Leggi, Decreti Imperiali e Deliberazioni della Giunta di Toscana, vol. 7, pag. 483.

(2) Persil, Art. 2098, n. 21.

faccia ai terzi del privilegio del Tesoro, dovessero misurarsi dalla pubblicazione del Codice Civile, o pure da quella delle leggi speciali regolatrici del detto privilegio. Al dubbio poteva dar pretesto la disposizione dell' articolo 2098, che accorda in genere il privilegio al Tesoro. I Compilatori del Codice fedeli al principio stabilito nell' articolo 2, giusta il quale la legge non dispone che per l' avvenire, e non può avere effetto retroattivo, a prevenire qualunque dubbio intorno al momento, dal quale gli effetti legali del privilegio del Tesoro doveano avere cominciamento, vollero dichiarare, che non sarebbero mai pregiudicati i diritti acquisiti dai terzi sui beni di un debitore anteriormente alla pubblicazione delle leggi speciali, a cui accenna l'art. 2098, destinate a regolare il privilegio del Tesoro. Vollero insomma i Compilatori del Codice, che la concessione fatta coll'articolo 2098 al Tesoro di un privilegio indefinito e indeterminato, rimanesse sospesa sino alla pubblicazione delle leggi speciali, che al privilegio stesso doveano dare ad un tempo regola ed effetto in faccia ai terzi. (1)

55. Il Progetto Vatimesnil ripeteva nell' articolo 2099 la disposizione dell' articolo 2098 del Codice Napoleone, nè alcun cambiamento proponeva alle leggi onde fu regolato il privilegio del pubblico Tesoro. (2) Al contrario il Progetto del Ministro Rouher limitava nell' articolo 2105 il privilegio del Tesoro ai soli beni mobili colla seguente disposizione: « *Néanmoins le Trésor public ne peut obtenir de privilège que sur les biens meubles.* » (3) Questa stessa massima fu proposta dal Deputato Fourtanier come emendamento all'articolo 2099 nella seconda deliberazione avanti l'Assemblea Francese del Progetto Vatimesnil. A questo emendamento del Deputato Fourtanier, col quale si voleva abolito ogni privilegio del Tesoro sui beni immobili, si oppose con tutto il calore Vatimesnil difendendo la Legge del 5 settembre 1807, la quale accorda al Tesoro pubblico sui beni immobili de' contabili due specie di diritti, un' ipoteca legale cioè, ed un privilegio. Il privilegio è accordato nell' articolo 4 di detta Legge al Tesoro sugli stabili acquistati dai contabili a ti-

(1) Troplong, art. 2098, n. 90. Persil, art. 2098, n. 34. Persil, Questions sur les Privil. et Hyp., liv. 1, chap. 1, § 2.
(2) Moniteur, n. 116, 26 avril 1850.
(3) Moniteur, n. 100, 10 avril 1850.

tolo oneroso posteriormente alla loro nomina; e nell'articolo 6 è accordata l'ipoteca legale riguardo agli stabili de' contabili, che ad essi appartenevano prima della loro nomina, ed anche sui beni acquistati da' contabili con un titolo non oneroso posteriormente alla loro nomina. Una ragione di equità ad un tempo e d'interesse pubblico, diceva Vatimesnil, mosse il Legislatore ad accordare un privilegio al Tesoro sui beni dei contabili acquistati a titolo oneroso posteriormente alla loro nomina, ossia dopo l'assunta gestione. Un contabile acquista un immobile, ne paga il prezzo, e in un tempo più o meno lontano lascia un vuoto nella pubblica cassa affidata alla sua responsabilità. La Legge del 1807 presume che il contabile abbia comprato l'immobile coi denari della cassa pubblica, e appoggiata a questa presunzione accordò allo Stato un privilegio sull'immobile acquistato a titolo oneroso dal contabile posteriormente alla nomina. Vatimesnil sostenne, che questa presunzione, onde fu animata la citata Legge del 1807, è naturalissima, e che quando un tale privilegio non fosse accordato, sarebbe sempre aperto il campo alla frode in danno dello Stato. Imperocchè un contabile di mala fede comprerebbe un immobile, lo pagherebbe coi denari della pubblica cassa immediatamente, e prima che lo Stato potesse accendere la inscrizione della ipoteca legale, lo coprirebbe d'ipoteche convenzionali a favore di un prestanome od anche di un somministratore di buona fede. Concluse Vatimesnil che nessuna giusta ragione poteva consigliare l'abrogazione della citata Legge, proteggitrice dei diritti del Tesoro, contro la quale non erano mai state mosse lagnanze. Fourtanier combatteva il privilegio del Tesoro sugli immobili per la principale ragione, che inscritto nell'assegnato termine di due mesi ha un effetto retroattivo e vince tutte le ipoteche anteriormente inscritte. Fu facile a Vatimesnil il rispondere a questa obiezione, che l'inconveniente della retroazione è proprio di tutti i privilegi, alla inscrizione dei quali è assegnato un termine dalla legge, o siano accordati a favore del Tesoro, o a favore dei privati, essendo i privilegi sempre preferiti alle ipoteche anteriori di tempo, e che, se per questo motivo era da abolirsi il privilegio del Tesoro sugli immobili, tutti allora i privilegi immobiliari, anche quelli accordati a privati, doveano sopprimersi. L'Assemblea, rigettato l'emendamento Fourtanier, adottò invece l'articolo 2099 del Progetto Vatime-

snil, che lasciava intatti i privilegi accordati al Tesoro dalle Leggi sopracitate. (1)

56. Il Codice del Regno delle Due Sicilie accorda nell' articolo 1975 al Tesoro pubblico il privilegio e l' ipoteca per tre titoli, cioè 1° pe' debiti de' contabili a causa di loro amministrazione; 2° per la esazione delle contribuzioni dirette; 3° finalmente per ricuperare le spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia. Questi diritti di privilegio e d' ipoteca accordati al Tesoro non sono regolati da leggi speciali, ma dai paragrafi 1°, 2° e 3° della sezione quarta, che tratta espressamente *De' privilegi del Tesoro pubblico.*

57. Il Codice di Parma, ad imitazione dell' articolo 2098 del Codice Napoleone dispone, nell' articolo 2126, che i privilegi, di cui gode il Tesoro *sopra i beni de' contabili, de' contribuenti e de' condannati,* e l' ordine col quale vengono esercitati, sono regolati da leggi particolari.

58. Il Codice del Regno di Sardegna dichiara nell' articolo 2154 che il Regio Fisco, oltre i privilegi che gli competono come a qualunque privato, ne ha alcuni per cause ad esso particolari. Questi privilegi accordati al Fisco per cause particolari, non meno che le ipoteche al medesimo spettanti per somiglianti cause, formano l' oggetto del capo quarto del titolo 22, dove colla disposizione dell' articolo 2194 è accordato al Fisco privilegio, 1° per l' esazione de' tributi diretti ed indiretti, comprese le imposte comunali; 2° per la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale, e di polizia; 3° per i debiti de' contabili per causa della loro amministrazione; 4° finalmente per i debiti e le malversazioni de' pubblici impiegati soggetti a malleveria.

59 . Il Regolamento Ipotecario per gli Stati Pontificj accorda nel § 88 all' Erario pubblico i seguenti privilegi: 1° sopra tutti i beni mobili degli agenti, preposti, esattori o amministratori tenuti a render conto, pel debito che resulta dalla loro gestione; 2° sui frutti, sulle risposte, e sopra qualunque rendita dei beni immobili di ciascun contribuente, e sui beni stessi, pel debito derivante da tributi o tasse prediali a cui sono soggetti; 3° sopra tutti i beni mobili ed immobili del defunto, per la tassa di successione; 4° sopra tutti i beni mobili ed immobili del condannato,

(1) Moniteur, n. 346, 12 décembre 1850.

per le multe e pel rimborso delle spese di giustizia punitiva. Dichiara altresì nel § 90 che i Comuni e le Provincie godono il privilegio dell'Erario sopra i beni mobili ed immobili degli agenti, esattori od amministratori del loro danaro, e che lo godono inoltre quanto alla esigenza delle contribuzioni municipali o provinciali che sono imposte sugli immobili e sulle rendite fondiarie. Ma sebbene i Comuni e le Provincie godano il privilegio dell' Erario, vuole però il detto § 90, che, se concorrono con l'Erario, sia a questo dovuta la preferenza.

60. L'articolo 9 del Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* dispone, che godono di un privilegio generale sui beni immobili e mobili le imposizioni regie e comunitative; e l'articolo 15 dichiara, che nella classe delle imposizioni si comprendono la tassa prediale, la personale, ed ogni altra contribuzione ordinata dalla legittima autorità, e che il privilegio non si estende che alle imposizioni dell' annata corrente, e alle scadute del biennio precedente. L' articolo 17 accorda un privilegio speciale all' amministrazione del Registro pei diritti di passaggio, e di contrattazione dei beni stabili, e per le ammende relative sopra gli stabili di cui è seguito il passaggio, o accaduta la contrattazione. È poi accordato non un privilegio, ma una ipoteca legale nell' articolo 64 al Governo, alle Comunità, ed a qualunque Azienda, e Amministrazione pubblica sopra i beni di quelli dei suoi impiegati che sono responsabili di amministrazione pecuniaria, dal giorno in cui dai medesimi viene assunta, ed al Fisco sopra i beni dei suoi debitori dal giorno del contratto debito.

61. Finalmente il Codice di Modena riguardo al privilegio dello Stato dispone nell' articolo 2120: « *Il privilegio dello Stato pei tributi diretti ed indiretti, e delle Comuni per le imposte comunali, non che il modo di esercitare il privilegio stesso, sono regolati da leggi speciali.* » Questo articolo, conforme alla massima dell' articolo 2098 del Codice Napoleone, vuole che il privilegio dello Stato sia regolato da leggi speciali; ma nello stesso tempo limita il privilegio ai tributi diretti ed indiretti, e alle imposte comunali. Per gli altri titoli diversi da quello dei tributi e delle imposte lo Stato ed i Comuni devono contentarsi dell' ipoteca legale loro accordata dall' articolo 2169, di cui diremo a suo luogo. Il Codice Estense, avendo ristretto il privilegio

del Tesoro ai tributi, esclude il titolo pel quale gli accordava privilegio sugli immobili la citata Legge 5 settembre 1807, e, se mal non m' appongo, con molta ragione fu limitato il privilegio ai soli trìbuti. Imperocchè l' ipoteca legale, accordata dall' articolo 2169 sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto pel maneggio di denaro, o per qualunque altra contabilità materiale, provvede abbastanza all'interesse dello Stato senza bisogno del privilegio, veramente esorbitante, che la citata Legge 5 settembre 1807 accordava al Tesoro sui beni dei contabili. Vatimesnil, per difendere la citata Legge 1807 contro l'emendamento Fourtanier, asseriva che quando un contabile compra un immobile e ne paga il prezzo, devesi naturalmente presumere, che abbia impiegati denari tolti dalla cassa dello Stato. Ma se questa presunzione fosse di tanta forza da giustificare e rendere anzi necessaria la creazione di un privilegio a favore del Tesoro sui beni immobili dei contabili acquistati a titolo oneroso posteriormente alla loro nomina; io dimando, perchè non si dovrebbe anche accordare un privilegio eguale al pupillo sugli immobili acquistati dal tutore a titolo oneroso posteriormente all'assunta tutela? Se deve presumersi che il contabile abbia acquistato l' immobile coi denari dello Stato, perchè non dovrebbe presumersi ancora che il fondo, nel caso da me supposto, fu acquistato dal tutore coi denari del pupillo? Che se il contabile, che acquistò l' immobile a titolo oneroso, sia anche tutore di un pupillo, o abbia ricevuto dalla moglie una dote quantitativa, io dimando, perchè il Tesoro avrà un privilegio sull' immobile, il pupillo e la moglie dovranno contentarsi della ipoteca legale, sempre posposta ad un privilegio? Perchè si dovrà presumere che solo coi denari dello Stato fu dal contabile acquistato l' immobile, e non coi denari della dote o del pupillo? Mi pare che il privilegio accordato dalla Legge del 5 settembre 1807 non meritasse di essere con tanto calore difeso dall' eloquenza dell' oratore Vatimesnil, e che i Compilatori del Codice Estense abbiano saviamente limitato il privilegio dello Stato al solo titolo dei tributi diretti ed indiretti.

Articolo 2099.

I privilegi possono essere costituiti sopra beni mobili o sopra beni immobili.

62. I privilegi, come si è già detto, non davano per Gius Romano alcun diritto reale, ed erano inerenti alle semplici azioni personali. Al contrario secondo il Codice Napoleone tutti attribuiscono al creditore un gius *in re* sulla cosa su cui sono costituiti. Non potendo i diritti reali sussistere e aver vita senza un subietto che li sostenga, il presente articolo si fa a determinare le cose, sulle quali i privilegi, che sono diritti reali, ponno essere radicati. La L. 9, § 1, D. *De pignor. et hyp.* stabiliva essere capaci di pegno tutte le cose che sono in commercio: « Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. » Una stessa massima fu seguita dal Codice Napoleone riguardo ai privilegi, i quali possono essere costituiti tanto sopra i beni mobili, quanto sopra i beni immobili, a differenza delle ipoteche, di cui non sono capaci i beni mobili.

Altra volta ebbi occasione di avvertire, che giusta le massime stabilite dal Codice Napoleone negli articoli 517 e 527, i beni sono immobili o per la loro natura, o per la loro destinazione, o per l'oggetto cui si riferiscono, ed i beni mobili sono tali o per loro natura, o per determinazione della legge. Giova pertanto esaminare brevemente, quali beni cadano sotto il privilegio degli immobili, quali sotto il privilegio dei mobili.

63. Saranno capaci del privilegio, a cui possono essere soggetti gl'immobili, i terreni e gli edifizj, non che i molini a vento o ad acqua, fissi su pilastri e formanti parte di edifizio, perchè giusta gli articoli 518 e 519 tali cose sono immobili per loro natura.

Cadranno sotto lo stesso privilegio le messi unite alle loro radici, ed i frutti degli alberi non per anco staccati, che dall'articolo 520 sono dichiarati immobili per loro natura. La disposizione del quale articolo è pienamente conforme alla L. 44, D. *De rei vindicat.* « Fructus pendentes pars fundi videntur. » Nè rileva, se le messi ed i frutti siano giunti a perfetta maturità, per-

chè anche maturi sono considerati immobili, finchè non sono staccati dal suolo o dall'albero, come risulta chiaramente dal citato articolo 520, ed anche dalla L. 13, § 10, D. *De action. empt. et vend.*, la quale contempla appunto il caso dei frutti maturi, non per anco staccati. « Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est. »

Sotto lo stesso privilegio cadranno gli animali che il proprietario del fondo consegna all'affittuario o al colono parziario per la coltivazione; i quali animali dall'articolo 522 sono annoverati tra i beni immobili fino a che, in vigôre della convenzione, restano addetti al fondo.

Andranno soggetti allo stesso privilegio i condotti che servono a tradurre le acque in una casa o altro fondo, i quali fanno parte del fondo cui sono annessi, e sono dichiarati immobili dall'articolo 523, la disposizione del quale è pienamente conforme alla massima stabilita dalle Leggi 47 e 48, D. *De contrahen. empt.* « Si aquæductus debeatur prædio: et jus aquæ transit ad emptorem; etiamsi nihil dictum sit: sicut et ipsæ fistulæ, per quas aqua ducitur: licet extra ædes sint. »

Sotto il medesimo privilegio cadranno le cose che il proprietario di un fondo vi ha poste per il servizio e la coltivazione del medesimo, le quali dall'articolo 524 sono dichiarate immobili per destinazione, e quindi tutti gli oggetti, di cui fa l'enumerazione lo stesso articolo 524, come quelli che sono dichiarati immobili per destinazione, quando sono stati assegnati dal proprietario per il servizio e la coltivazione del fondo: cioè gli animali addetti alla coltura; gli strumenti aratorj; le sementi somministrate agli affittuarj o ai coloni parziarj; i piccioni delle colombaje; i conigli dei covi; gli alveari; i pesci delle peschiere; i torchi, le caldaje, i lambicchi, le tina e le botti; gli utensili necessarj all'uso delle fucine, cartiere ed altre fabbriche; la paglia e il concime. Potrei citare molte Leggi Romane in conferma della disposizione del citato articolo 524; ma per amore di brevità mi limiterò al solo esempio della paglia e del concime, di cui fa menzione la L. 17, D. *De action. empt. et vend.* « Fundo vendito, vel legato, sterculinum et stramenta emptoris et legatarii sunt: ligna autem, venditoris vel heredis, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In sterculino autem distinctio Trebatii

probanda est: ut, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur; si vendendi, venditorem: nec interest, in stabulo jaceat, an acervus sit. »

Cadranno finalmente sotto lo stesso privilegio tutti gli effetti mobiliari annessi dal proprietario ad un fondo coll'intenzione che vi restino perpetuamente, e ciò perchè tali effetti sono dichiarati immobili per destinazione dal citato articolo 524 in piena conformità della massima stabilita dalla L. 17, § 7, D. *De action. empt. et vend.,* la quale così dispone: « Labeo generaliter scribit, ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse: quæ vero ad præsens, non esse ædificii, ut puta fistulæ, temporis quidem causa positæ, non sunt ædium: verum tamen, si perpetuo fuerint positæ, ædium sunt. »

64. Che i beni immobili per la loro destinazione siano capaci del privilegio, a cui sono soggetti gl'immobili per la loro natura, è punto non controverso. Anche l'articolo 592 del Codice di Procedura dichiara nel numero 1° non potere essere gravati gli oggetti che la legge dichiara immobili per la loro destinazione. Le cose divenute immobili per destinazione, avendo perduto in faccia alla legge la qualità di mobili, non possono cadere sotto il privilegio dei mobili.

65. Vediamo ora, se tutte indistintamente le cose, che sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono, sieno capaci di essere materia e subietto di privilegio. Secondo l'articolo 526 sono immobili, per l'oggetto cui si riferiscono, *l'usufrutto delle cose immobiliari; le servitù prediali; le azioni che tendono a rivendicare un immobile.*

Può l'usufrutto delle cose immobiliari essere capace di privilegio? Questo dubbio è deciso dalla L. 11, § 2, D. *De pignor. et hyp.* « Ususfructus an possit pignori hypothecæque dari, quæsitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus, tuendum creditorem..... Nam et cum emptorem ususfructus tuetur Prætor, cur non et creditorem tuebitur? » Ma non solo è deciso il dubbio dalla Romana Giurisprudenza, è deciso altresì dal Codice Napoleone, il quale nell'articolo 2118 dichiara, che è suscettivo d'ipoteca l'usufrutto dei beni immobiliari che sono in commercio e dei loro accessorj riputati come immobili. Se l'usufrutto è capace d'ipoteca, non può non essere suscettivo di privilegio,

perchè i privilègi del Codice Napoleone hanno, come si disse a suo luogo, il carattere reale dell'ipoteca privilegiata romana. Non rileva, che del diritto d'usufrutto, inerente alla persona dell'usufruttuario, e annoverato dal Gius Romano tra le servitù personali, non possa farsi una alienazione assoluta, come si fa delle altre cose, di cui siamo proprietarj. Imperocchè nulla può impedire l'alienazione dell'esercizio del diritto d'usufrutto, e che un terzo sia sostituito alla persona dell'usufruttuario nel materiale godimento della cosa ad usufrutto soggetta. L'usufruttuario, alienando l'usufrutto, non cede al compratore che la facoltà di godere della cosa per tutto il tempo della durata dello stesso usufrutto. Nè l'ipoteca o il privilegio costituiti su un usufrutto pregiudicano ai diritti del proprietario. Imperocchè non potendo il creditore avere maggiori diritti del suo debitore, alla cui persona è inerente il gius di usufrutto, è chiaro che estinguendosi l'usufrutto, l'ipoteca e il privilegio sul medesimo costituiti rimangono necessariamente estinti, come dichiara la L. 8, pr. D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.* « Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto, pignus hypothecave perit. » Alla disposizione dell'articolo 2118, che dichiara suscettivo d'ipoteca l'usufrutto, deve aggiungersi l'articolo 2204, giusta il quale il creditore può procedere alla spropriazione non solo de' beni immobili e dei loro accessorj riputati immobili appartenenti in proprietà al debitore; ma altresì dell'usufrutto al debitore spettante sopra beni della stessa natura. E con questa disposizione altro non fecero i Compilatori del Codice Napoleone che adottare la massima stabilita dalla L. 8 pr. D. *De rèb. auctorit. jud. poss.* « In venditionem bonorum etiam ususfructus veniat, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur. » Si può dunque affermare con tutta certezza che il gius di usufrutto, considerato dalla legge, rispetto ai creditori dell'usufruttuario, come una proprietà immobiliare, è suscettivo dello stesso privilegio, di cui sono capaci i beni per loro natura immobili. (1)

66. Il Gius Romano annovera tra le servitù personali l'usufrutto, l'uso e l'abitazione. L'usufrutto dà all'usufruttuario il pieno godimento della cosa, e perciò si definisce da Giustinia-

(1) Persil, art. 2099, n. 6. Troplong, art. 2099, n. 108. Duranton, tit. 18, des Privil., n. 262.

no: « jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia. » (1) Dalla qual definizione non discorda l'articolo 578 del Codice Napoleone, giusta il quale l'usufrutto è il diritto di godere delle cose, di cui un altro ha la proprietà, nel modo che lo stesso proprietario ne godrebbe, coll'obbligo di conservarne la sostanza. E però l'articolo 582 dà all'usufruttuario il diritto di godere di ogni specie di frutto naturale, industriale o civile, che può produrre la cosa, di cui ha l'usufrutto; e l'articolo 595 dichiara, che l'usufruttario può godere egli stesso, dare in affitto ad altri, vendere o cedere l'esercizio del suo diritto a titolo gratuito. Ma l'uso non dà alla persona, cui compete, che il diritto di usare della cosa entro i limiti del bisogno. Perciò Giustiniano dice « Minus juris est in usu, quam in usufructu; » (2) e nega all'usuario la facoltà di cedere ad altri il proprio diritto: « nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest, quum is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere. » Attenendosi a queste stesse massime dispone il Codice Napoleone nell'articolo 630, che colui che ha l'uso dei frutti di un fondo, non può percepire se non ciò che gli è necessario per i suoi bisogni e per quelli della sua famiglia; e nell'articolo 631, che l'usuario non può cedere, nè locare il suo diritto ad un altro.

Più ristretto che l'usufrutto è altresì il diritto d'abitazione. Infatti Giustiniano insegna: « Is, qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet, nec hoc jus ad alium transferre potest. » (3) Parimenti l'articolo 633 del Codice Napoleone dichiara, che il diritto di abitazione si limita a ciò che è necessario per l'abitazione di colui, al quale venne accordato un tale diritto, e della sua famiglia; e l'articolo 634, che il diritto di abitazione non può essere nè ceduto nè locato.

Questi limiti imposti dalla legge all'usuario e a colui che ha il gius di abitazione, bastano a convincere chiunque, che i diritti d'uso e di abitazione, strettamente e rigorosamente personali, non possono essere suscettivi nè di privilegio, nè d'ipoteca. Sarebbero infatti illusorj e senza effetto il privilegio e l'ipoteca costituiti sopra diritti, di cui il creditore non può domandare

(1) Institut. pr. lib. 2, tit. 4.
(2) Instit. pr. lib. 2, tit. 5, § 1.
(3) Inst. lib. 2, tit. 5, § 2.

la spropriazione. Ma l' incapacità dei diritti d' uso e d'abitazione ad essere materia o di un privilegio o di una ipoteca si deduce altresì dall' articolo 2118, il quale dichiara soltanto suscettivi d' ipoteca, 1° i beni immobiliari che sono in commercio, ed i loro accessorj riputati come immobili; 2° l' usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorj. I diritti d' uso e di abitazione, diversi e distinti dall' usufrutto, non sono adunque compresi dalla legge tra le cose, che sono suscettive d' ipoteca, ed essendo d' ipoteca incapaci, sono altresì per la ragione più volte ripetuta incapaci di privilegio. L' usufruttuario, che ha diritto di far suoi tutti i frutti, ha la facoltà di dare in ipoteca il suo diritto anche pel motivo indicato dalla L. 72, D. *De divers. reg. jur.* « Fructus rei est vel pignori dare licere. » L' usufrutto costituito sui beni immobili è perciò suscettivo d' ipoteca e di privilegio. L' uso e l' abitazione, sebbene sieno fondati sopra beni immobili, ed abbiano coll' usufrutto molta affinità, non possono essere capaci nè di privilegio nè d' ipoteca, essendo diritti inalienabili, e che non potrebbero offrire al creditore alcuna garanzia. (1)

Dispongono gli articoli 628 e 629, che i diritti di uso e di abitazione sono regolati dal titolo che gli ha stabiliti, e ricevono maggiore o minore estensione, giusta le disposizioni in esso contenute; e che sono regolati dalla legge, se il titolo non ne determina l' estensione. Se pertanto il titolo, dal quale deriva il diritto di uso o di abitazione, darà al diritto stesso una più larga estensione che quella che la legge gli accorda, e permetterà anche di cederne ad altri a titolo oneroso o gratuito l' esercizio, in tal caso il diritto di uso o di abitazione, sebbene un po' più ristretto dell' usufrutto quanto al materiale godimento, sarebbe nel resto parificato all' usufrutto, e perciò suscettivo, come l' usufrutto, del privilegio e della ipoteca. Imperocchè allora, quando cioè fosse accordata la facoltà di cederne ad altri l'esercizio, verrebbe meno la ragione, per cui i diritti di uso e di abitazione regolati semplicemente dalla legge non possono essere nè di privilegio, nè d' ipoteca capaci. (2)

67. Diremo ora delle servitù prediali. La L. 11, D. § fin. *De pignor. et hyp.*, dichiara assolutamente incapaci di pegno e d' ipoteca le servitù urbane. « Jura prædiorum urbanorum pi-

(1) Duranton, tit. des Privil. et des Hyp., n. 266.
(2) Duranton, tit. des Privil. et des Hyp., n. 267.

gnori dari non possunt. Igitur nec convenire possunt, ut hypothecæ sint. » Quanto poi alle servitù rustiche, il Giureconsulto Paolo al quesito, se siano capaci di pegno e d'ipoteca, risponde nella L. 12, D. *De pignor. et hyp.*, nel modo seguente: « Sed an viæ, itineris, aquæ ductus pignoris conventio locum habeat? Videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat); et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. » All'appoggio delle due leggi ora citate alcuni Dottori opinano che le servitù urbane non sono capaci d'ipoteca, e che al contrario ne sono capaci le rustiche. (1) Il Vinnio rigettando questa distinzione decide, che le servitù prediali, siano urbane, siano rustiche, non possono essere capaci d'ipoteca, essendo qualità dei fondi, e ai medesimi talmente inerenti, che non si possono trasferire in altri isolatamente e staccate dal subietto, di cui sono qualità. E di vero « quid aliud sunt jura prædiorum (esclama Celso nella L. 86, D. *De verbor. signif.*), quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? » Certamente il creditore, che ha una ipoteca o un privilegio su di un fondo, estende il suo diritto alle servitù attive, che del fondo crescono il pregio ed il valore. Egli è perciò che la L. 16, D. *De servitut.*, accorda al creditore per difendere i diritti di servitù del fondo ipotecato le stesse azioni che competono al debitore proprietario. « Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur. » Ma non si può assolutamente ammettere e concepire, che il padrone del fondo dominante possa dare in ipoteca il gius di servitù senza il fondo, a favore del quale è la medesima costituita. Avverte il lodato Vinnio, che non bisogna confondere le servitù già costituite col patto speciale permesso dalla citata L. 12, D. *De pign. et hyp.* Le servitù già costituite non possono darsi in alcuna maniera in ipoteca, perchè la qualità non può stare senza il suo soggetto. Ma può bene esser permesso ad un debitore di costituire a titolo di pegno una servitù rustica a favore di un suo creditore, che per avventura abbia un fondo vicino a quello sul

(1) Brunnemannus, ad LL. 11, 12, D. de pignor. et hyp.

quale la servitù viene imposta, col patto espresso che non pagandosi il debito, possa il creditore vendere lo stesso diritto di servitù ad un altro proprietario, che abbia un fondo vicino al fondo serviente, e collocato in modo da poter godere del gius di servitù. Verificandosi la vicinanza dei fondi, e ammesso l'assenso del debitore al detto patto, è facile capire il perchè fosse questo dall'equità Pretoria approvato, come quello che non ledeva i diritti del padrone del fondo serviente, che col patto impose a sè stesso la legge. Questo patto, che a rigore di diritto non sarebbe stato valido, non potendo le servitù costituirsi a tempo, fu dalla equità del Pretore permesso riguardo soltanto alle servitù rustiche; e ciò perchè, nel caso di servitù urbane, la servitù non può giovare che all'edifizio dominante; laddove nel caso di servitù rustiche, vi possono essere più fondi vicini, che siano in grado di approfittare e di godere della stessa servitù costituita in origine a favore del creditore. (1) L'intrinseca natura adunque delle servitù prediali, tanto urbane quanto rustiche, come quelle che consistono in un diritto che non può staccarsi dal fondo, di cui è una qualità, le rende assolutamente incapaci di pegno e d'ipoteca. (2)

68. Non sono, quanto alla essenziale natura delle servitù prediali, diversi i principj del Codice Napoleone da quelli del Gius Romano. Imperocchè anche secondo l'articolo 637 di questo Codice la servitù è un peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario; e l'articolo 686 permette ai proprietarj di stabilire sopra i loro fondi, od a beneficio di essi, quelle servitù che sembrano loro opportune, ma sotto la condizione che le servitù stabilite non siano imposte nè alla persona, nè in favore della persona, ma solamente ad un fondo e ad uso di un fondo. Le stesse ragioni adunque, per le quali le servitù prediali non sono capaci d'ipoteca secondo i principj delle Romane Leggi, sforzano a giudicare che anche secondo le massime del Codice Napoleone, le servitù prediali non possono essere suscettive nè d'ipoteca nè di privilegio. Una servitù prediale, sebbene appartenga alla classe dei beni immobili per l'oggetto cui si riferisce, non può giovare che al padrone del fondo dominante, non può staccarsi

(1) Vinnii Selectar. Jur. Quæstion. lib. 1, cap. 32.
(2) Voet, lib. 8, tit. 4, n. 8.

e separarsi dal suo soggetto, e non può essere materia di un giudizio di espropriazione, che è lo scopo finale dei privilegi e delle ipoteche. (1)

69. Resta a dire delle azioni, che tendono a rivendicare un immobile. Dopo che gli antichi Statuti ebbero adottata la generale distinzione dei beni in mobili ed immobili, lasciata da parte la distinzione fatta dal Gius Romano in beni corporali ed incorporali, nacque gran disputa tra i Giureconsulti, se le azioni dovessero collocarsi sotto la categoria dei beni mobili o sotto quella dei beni immobili. A noi non è necessario l'addentrarci in questa spinosa questione, di cui parla lungamente il Voet. (2) Imperocchè la disposizione dell'articolo 526 dichiara espressamente ed assolutamente immobili, per l'oggetto cui si riferiscono, le azioni che tendono a rivendicare un immobile. A buon diritto queste azioni sono messe nella categoria dei beni immobili avuto riguardo alla immobilità dell'oggetto, e anche questa volta i Compilatori del Codice Napoleone furono inspirati dalle Romane Leggi. Infatti la L. 143, D. *De verbor. signif.*, dice chiaramente: « Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti potest. » Anche la L. 16, D. *De div. reg. jur.*, ripete la stessa massima: « Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. » Ma se le dette azioni, a cui accenna il citato articolo 526, appartengono alla classe dei beni immobili, ciò avviene per una finzione di legge, la quale ha riguardo all'oggetto, più che alla natura intrinseca delle azioni stesse, le quali sono propriamente un diritto incorporale che sfugge al tatto materiale, e non possono perciò essere suscettive nè di privilegio, nè d'ipoteca. Del resto è facile il dimostrare che il Codice Napoleone esclude queste azioni dal numero delle cose che possono essere il soggetto dei diritti reali, di cui sono capaci i beni immobili corporali.

Se il Codice Napoleone avesse nell'articolo 2118 dichiarato con una sola disposizione e in termini generali ed assoluti esser capaci d'ipoteca *i beni immobili che sono in commercio*, avrebbe allora potuto dubitarsi, se le servitù prediali e le azioni

(1) Troplong, art. 2099, n. 108. Persil, art. 2099, n. 7. Persil, Questions sur les Privilèg., liv. 1, chap. 1, § 1. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 269. Grenier, Traité des Hyp., p. 1, chap. 1, n. 151.

(2) Lib. 1, tit. 8, n. 18, 21, 22.

che tendono a rivendicare un immobile fossero o no suscettive d'ipoteca. Al dubbio avrebbero dato occasione e pretesto, e l'articolo 517, il quale stabilisce che i beni sono immobili o per la loro natura, o per la loro destinazione, o per l'oggetto cui si riferiscono, e l'articolo 526, giusta il quale le servitù prediali e le azioni che tendono a rivendicare un immobile sono appunto dichiarate immobili per l'oggetto cui si riferiscono. Ma il lodato Codice, nel determinare i beni che d'ipoteca sono capaci, ha formato due distinte categorie. Nella prima pone i beni immobiliari, ed i loro accessorj riputati come immobili; nella seconda l'usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorj. Questa distinzione fatta nell'articolo 2118 tra i beni immobiliari e l'usufrutto dei beni stessi, non ostante che l'usufrutto sia dall'articolo 526 annoverato tra i beni immobili, ne convince che le parole dell'articolo 2118 — *I beni immobiliari che sono in commercio, ed i loro accessorj reputati come immobili*, — accennano ai soli beni che sono immobili per la loro natura, e per la loro destinazione. La prima categoria adunque dei beni suscettivi d'ipoteca contemplata nel numero 1° del citato articolo 2118 comprende tutti i beni immobili per natura e per destinazione. Nella seconda categoria contemplata nel numero 2° dello stesso articolo è semplicemente dichiarato suscettivo d'ipoteca l'usufrutto dei beni immobiliari. E siccome è certo che l'usufrutto delle cose immobiliari non è immobile nè per natura nè per destinazione, ma unicamente per l'oggetto cui si riferisce, al pari delle servitù prediali e delle azioni che tendono a rivendicare un immobile, così è forza concludere che il Codice Napoleone non reputa già capaci d'ipoteca tutte le cose, che sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono, ma tra queste reputa capace d'ipoteca il solo usufrutto delle cose immobiliari. Se le servitù prediali e le azioni che tendono a rivendicare un immobile fossero state giudicate capaci d'ipoteca, sarebbero state comprese o espressamente o virtualmente nell'una o nell'altra delle due categorie di beni, che l'articolo 2118 dichiara suscettivi d'ipoteca. Al contrario non sono comprese in alcuna delle due categorie contemplate dal citato articolo 2118. Non nella prima, la quale abbraccia evidentemente le cose soltanto che sono immobili per natura e per destinazione. Non nella seconda, la quale tassativamente contempla il solo usufrutto delle cose immobiliari. Se

tra le cose che sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono, il solo usufrutto è dalla legge dichiarato capace d'ipoteca, è chiaro che tutte le altre cose appartenenti alla stessa classe e ordine di beni, a cui appartiene l'usufrutto, rimangono per volere di legge escluse, e giudicate incapaci a portare il peso di una ipoteca. E se le servitù prediali e le azioni che tendono a rivendicare un immobile sono incapaci dell' onere della ipoteca, sono per la stessa ragione incapaci altresì dell'onere del privilegio. A questa semplicissima argomentazione pone il suggello l'articolo 2204, che è in piena armonia coll'articolo citato 2118. L'articolo 2204 dichiara, che il creditore può procedere alla spropriazione, 1 de'beni immobili e dei loro accessorj riputati immobili appartenenti in proprietà al debitore; 2° dell'usufrutto spettante al debitore sopra beni della stessa natura. Come l'articolo 2118 determina tassativamente le cose che sono capaci d'ipoteca, così il citato articolo 2204 tassativamente determina le cose che possono essere materia di un giudizio di espropriazione. Le servitù prediali e le azioni che tendono a rivendicare un immobile sono evidentemente escluse sì nel primo caso, come nel secondo. Il sostenere adunque che le servitù prediali e le azioni, di cui è discorso, possono essere capaci d'ipoteca e di privilegio, urta contro la volontà del legislatore chiaramente manifestata. (1)

70. Il Persil ammette che le azioni, che tendono a rivendicare un immobile, non sono suscettive nè di privilegio nè d'ipoteca; ma sostiene per altro che invece loro rimangono gravati del privilegio o dell'ipoteca gl'immobili che sono l'oggetto delle suddette azioni. Reca il Persil il seguente esempio. B vende un immobile a C col patto di ricupera, e poscia vende l'azione discendente dal detto patto a D per lo prezzo di lire mille, che non sono dal cessionario pagate. B, dice il Persil, non avrà certamente privilegio sull'azione venduta a D, la quale per sè è incapace di privilegio; ma avrà privilegio sull'immobile da D ricuperato col mezzo di detta azione. Afferma il Persil che nessuno può contrastare a B il privilegio sul fondo già ricuperato da D, dovendo B essere riguardato come il venditore del fondo rispetto a D, che ha potuto acquistarne la proprietà col mezzo dell'azione

(1) Troplong, art. 2118, n. 406. Grenier, Traité des Hyp., par. 1, chap. 1, sect. 3, § 1, n. 152, 153.

vendutagli da B. (1) Io non sono di questa opinione. Sebbene l'azione abbia per oggetto il fondo, altra cosa però è il fondo, altra cosa è l'azione che tende a ricuperarlo. Il fondo è una cosa corporale immobile per sua natura; l'azione derivante dal patto di ricupera è una cosa incorporale immobile per l'oggetto cui si riferisce. B vende il fondo, o pur vende a D l'azione che discende dal patto di ricupera? B non vende e non può vendere a D il fondo venduto a C, perchè colla vendita già fatta a C, non ostante il patto di ricupera, ha trasferito nel compratore il pieno dominio. (2) Se B non vende a D il fondo stato già alienato a C, come potrà pretendere il privilegio che l'articolo 2103 accorda al venditore sopra l'immobile venduto? E vendendo B semplicemente l'azione discendente dal patto di ricupera, con qual diritto potrà trasportare il privilegio, di cui non è capace l'azione, sul fondo che a D non ha venduto? Io rispetto e venero l'autorità dell'illustre Persil; ma non posso questa volta piegarmi alla sua opinione.

71. Il Codice Estense nell'articolo 416 dichiara immobili per l'oggetto cui si riferiscono l'utile ed il diretto dominio nell'enfiteusi; l'usufrutto delle cose immobili; le servitù; le azioni che tendono a rivendicare un immobile. Anche il Codice del Regno delle Due Sicilie nell'articolo 449, il Codice di Parma nell'articolo 381, il Codice del Regno di Sardegna nell'articolo 406 mettono nella categoria delle cose che sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono, non solo l'usufrutto delle cose immobili, le servitù prediali, le azioni che tendono a rivendicare un immobile, ma altresì l'utile ed il diretto dominio nell'enfiteusi.

È mestieri dir qualche parola intorno al diretto ed all'utile dominio nell'enfiteusi, di cui tace il Codice Napoleone nell'articolo 526, e che i citati Codici mettono tra le cose che sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono.

Chi ha studiato le Instituzioni di Giustiniano sa che l'enfiteusi, a cui diede forma una Costituzione Zenoniana, è un contratto distinto dalla vendita e dalla locazione. (3) Il diritto che sorge da questo contratto si definisce chiaramente dal Vinnio:

(1) Régim. Hyp., art. 2099, n. 8.
(2) Pothier, du contrat de vente, par. 5, chap. 2, sect. 3, § 386.
(3) Institut. lib. 3, tit. 25, § 3.

« Jus perpetuarium, quo quis agro alieno tamquam alter quidam dominus utitur ac fruitur sub lege certæ annuæ pensionis in recognitionem directi dominii præstandæ. » (1) Il direttario conserva il dominio della cosa concessa in enfiteusi. Perciò la L. 1, C. *De jure emphit.*, chiama il direttario col nome di *padrone:* « hoc non emphyteuticario, sed rei *domino*, imputetur. » Collo stesso nome lo chiamano le Leggi 2 e 3 C. del detto titolo: « ne autem ex hac causa *dominis* facultas oriatur, emphyteutas suos repellere; » — « minime licere emphyteutæ sine consensu *domini* meliorationes suas aliis vendere. » Anche Giustiniano chiama *padrone* il direttario: « si quidem totius rei interitus accesserit, *ad dominum* super hoc redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium. » (2) Il Codice di Modena nell'articolo 1616 dichiara esso pure, che l'enfiteuta ha l'obbligo di pagare in ogni anno una determinata prestazione *in ricognizione del dominio che si ritiene dal concedente.*

Anche l'enfiteuta ha un dominio utile sul fondo enfiteutico. Imperocchè allora quando viene conceduto un fondo a livello, il dominio che tutto intero era concentrato nel proprietario, si scinde, dirò così, in due parti, delle quali l'una riman presso il cedente, e chiamasi *dominio diretto*, e l'altra si trasferisce nell'enfiteuta, e dicesi *dominio utile.* Tanto il direttario quanto l'enfiteuta sono e si possono chiamare proprietarj, sebbene nè l'uno nè l'altro abbiano un dominio pieno ed assoluto. Il perchè io non so per qual ragione i citati Codici abbiano messo l'utile ed il diretto dominio, che discendono dal contratto di enfiteusi, tra i beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono. Capisco che l'usufrutto sia immobile solo per l'oggetto cui si riferisce, perchè in realtà l'usufrutto è un diritto incorporale. Ma l'usufrutto è assai diverso dal diritto che nasce dall'enfiteusi. L'usufrutto non diminuisce il dominio che al proprietario spetta sul fondo soggetto ad usufrutto. La L. 25, D. *De verbor. signif.*, fa fede di questa verità. « Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiàm cum ususfructus alienus est: quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit; ut via, et iter: nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse: hoc et Julianus: et est verius. » Ciò che questa legge dice del-

(1) Select. Jur. Quæst. lib. 2, cap. 2.
(2) Instit. lib. 3, tit. 25, § 3.

l' usufrutto non potrebbe certamente ripetersi del gius derivante dal contratto d'enfiteusi, che è parte di dominio come si disse. A me pare perciò che l'utile ed il diretto dominio nell'enfiteusi non siano da annoverarsi tra le cose che sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono, come l'usufrutto, le servitù prediali, le azioni che tendono a rivendicare un immobile; ma cadano invece sotto la categoria a cui appartiene il gius di dominio, che compete sui beni per natura immobili.

Ma lasciata da parte questa osservazione, è certo che per Gius Romano l'enfiteuta ha diritto di dare in ipoteca il fondo enfiteutico. Questo diritto è chiaramente stabilito dalla L. 16, § 2 D. *De pignor. act.* « Etiam vectigale prædium pignori dari potest. » Se l'usufruttuario ha diritto di dare in ipoteca il suo usufrutto, a più forte ragione questo diritto competer deve all'enfiteuta, il quale ha maggiori diritti che l'usufruttuario, ed ha un vero dominio utile sul fondo. È questo tra gl'Interpreti del Diritto Romano punto non controverso, i quali concordemente insegnano, che l'enfiteuta ha anzi più libera la facoltà dell'ipotecare, che non quella del vendere, non essendo nel caso di costituzione d'ipoteca tenuto a fare al direttario l'interpellazione rigorosamente prescritta nel caso di vendita. (1)

72. Se la facoltà concessa all'enfiteuta d'ipotecare il dominio utile del fondo enfiteutico non potè essere materia di dubbio tra gl'Interpreti del Diritto Romano, di gravissima quistione è stata soggetto tra i Commentatori del Diritto Francese, talchè il Persil non dubita di chiamarla questione spinosa, *la question est épineuse.* (2) L'articolo 6 della Legge 11 brumajo, anno 7°, dichiarava suscettivi d'ipoteca l'usufrutto, e l'enfiteusi: « *l'usufruit, ainsi que la jouissance à titre d'emphytéose, des immeubles, pour le temps de leur durée.* » Al contrario il Codice Napoleone nell'articolo 2118 dichiara capace d'ipoteca l'usufrutto, e tace dell'enfiteusi. Da questo silenzio del Codice Napoleone rispetto all'enfiteusi alcuni Interpreti hanno creduto poter dedurre che l'enfiteusi non fu riputata capace d'ipoteca, e tra i caldi sostenitori di questa opinione è il Grenier, il quale d'altra parte considera l'enfiteusi come un contratto d'affitto, negando all'enfi-

(1) Vinnii Selectar. Quæst. lib. 2, cap. 2. Voet, lib. 6, tit. 3, n. 24.
(2) Régime Hyp., art. 2118, n. 15.

teuta il gius *in re* sul fondo enfiteutico. (1) Quando fosse vero, che all' enfiteuta non competesse alcun gius *in re* sul fondo enfiteutico, nessuno oserebbe certamente concedergli il diritto d' ipotecare, negato ai semplici conduttori. Ma, a dir vero, il parificare l' enfiteuta al conduttore è assunto non sostenibile e contrario alla natura del contratto d' enfiteusi. Nè dal silenzio mantenuto dal Codice nell' articolo 2118 rispetto all' enfiteusi si può dedurre essere per legge l' enfiteusi incapace dell' onere della ipoteca. Quest' argomento sarebbe di peso, quando l' enfiteusi fosse della stessa natura dell' usufrutto, perchè allora potrebbe il Grenier invocare l' assioma *inclusio unius est exclusio alterius.* E noi pure ci siamo valsi di quest' argomento per escludere le servitù prediali, e le azioni che tendono a rivendicare un immobile, dal numero delle cose che sono suscettive d' ipoteca. Ma l' enfiteusi è tanto diversa dall' usufrutto, quanto il dominio è diverso da una servitù personale. La prima parte dell' articolo 2118 che dichiara suscettivi d' ipoteca *i beni immobiliari che sono in commercio,* è generale, e abbraccia ogni specie di beni immobili, tanto quelli di cui uno ha il dominio pieno ed assoluto, quanto quelli, di cui uno ha un dominio meno pieno. L' articolo 2118 non fa espressa menzione dell' enfiteusi, perchè questa è già compresa sotto la categoria dei beni immobiliari contemplati nella prima parte del detto articolo, spettando incontrastabilmente all' enfiteuta il dominio utile sull' immobile livellario. (2) È dunque a tenersi, che anche secondo le massime del Codice Napoleone l' enfiteusi è capace d' ipoteca e di privilegio. Vuolsi però confessare, che il Grenier non è il solo, il quale sostenga l' incapacità dell' enfiteusi a portar l' onere della ipoteca, e questo punto è stato in Francia più d' una volta deciso dai Tribunali. Il Troplong, alla cui opinione ci siamo attenuti, cita diverse sentenze contrarie alla interpretazione che dà all' articolo 2118 il Grenier, e conclude: « *cette jurisprudence deviendra de jour en jour plus constante.* (3)

73. Se il dominio utile può essere suscettivo d' ipoteca e di privilegio, sarà pure di questi oneri capace il dominio diretto.

(1) Traité des Hyp., par. 1, chap. 1, sect. 3, § 1, n. 143.

(2) Persil, Rég. Hyp., art. 2118, n. 15. Troplong, art. 2118, n. 405. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 268.

(3) Loc. cit.

Imperocchè il dominio diretto è un dominio vero, in ricognizione del quale l' enfiteuta è tenuto al pagamento di un' annua prestazione, e all' adempimento di altri obblighi. Una decisione della Corte Regia di Firenze del 29 marzo 1845 stabiliva, che il diretto dominio de' beni enfiteutici non è cosa mobile atta ad essere soggetto di pegno, ma è cosa immobile atta soltanto a formar soggetto d' ipoteca. (1)

74. Sul punto di cui abbiamo discorso, che fu il soggetto di gravissima questione nella Giurisprudenza Francese, tolsero ogni occasione e pretesto di disputa i Compilatori del Codice Estense i quali seguendo le disposizioni dell' articolo 2168 del Codice di Parma, del § 104 della Legge Ipotecaria Pontificia, dell' articolo 4 del Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche*, stabilirono nell' articolo 2159, essere capaci d' ipoteca 1° i beni stabili che sono in commercio, ed i loro accessorj riputati come stabili; 2° l' usufrutto degli stessi beni e de' loro accessorj, durante l' usufrutto; 3° *il dominio utile, ed il dominio diretto nell' enfiteusi*. Saranno dunque il dominio utile ed il dominio diretto nell' enfiteusi secondo le massime del Codice Estense capaci anche di privilegio per la ragione già ripetuta, che cioè sono suscettivi del privilegio quei beni e diritti, che possono essere il soggetto di una ipoteca.

75. Diremo ora dei mobili capaci di privilegio. Dispone l' articolo 527, che i beni sono mobili o per loro natura, o per determinazione della legge. Perciò gli uni e gli altri cadranno sotto il privilegio, di cui sono suscettivi i beni mobili. Saranno quindi capaci di privilegio tutti i corpi che possono trasportarsi da un luogo ad un altro, o sia che si muovano da sè stessi, come gli animali, o sia che non possano cangiare di posto, se non per l' effetto di una forza estrinseca, come le cose inanimate, i quali corpi trasportabili da un luogo all'altro sono dichiarati mobili per loro natura dall' articolo 528. È a tenersi la stessa massima, sebbene i corpi, a cui accenna il citato articolo 528, formino collezione. In fatti anche per Gius Romano erano capaci di pegno il gregge, e i fondachi e le botteghe fornite di mercanzie. Il caso del gregge è contemplato dalla L. 13, pr. D.

(1) Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1845, par. 2, pag. 363, in causa Morgantini e Pereyra.

De pignor. et hyp. « Grege pignori obligato, quæ postea nascuntur, tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. » L'altro caso delle mercanzie vendibili raccolte in un fondaco o bottega è deciso dal Giureconsulto Scevola nella L. 34, pr. D. *De pignor. et hyp.* « Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quæsitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quæ ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatæ sint, et res aliæ illatæ? Respondit: ea, quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. » Ripetendo il Codice Estense nell' articolo 418 la disposizione dell' articolo 528 del Codice Napoleone, che dichiara per natura mobili i corpi che possono trasportarsi da un luogo ad un altro, aggiunge saviamente *ancorchè tali cose formino collezione o servano ad oggetto di commercio.*

Sono immobili, come si disse, le messi unite alle loro radici, ed i frutti degli alberi non per anco staccati, e quindi soggetti al privilegio, di cui sono capaci gl' immobili. Al contrario la L. 17, § 1, D. *De action. empt. et vend.,* insegna che le biade tagliate ed i frutti côlti sono cose mobili: « Sed et vinum et fructus perceptos villæ non esse constat. » E però le biade tagliate ed i frutti côlti, quantunque non trasportati, dichiarati mobili dall' articolo 520, cadranno sotto il privilegio dei mobili.

Gli alberi, che sono attaccati al suolo, sono insieme col fondo, di cui fan parte, soggetti al privilegio degli immobili per la ragione data da Pomponio nella L. 40, D. *De action. empt. et vend.* « Arborum, quæ in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo. » Al contrario gli alberi abbattuti cadranno sotto il privilegio dei mobili, perchè dice Ulpiano nella L. 17, pr. D. *De action. empt. et vend.:* « Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet; » e perchè gli alberi abbattuti sono dichiarati mobili per natura dall' articolo 521.

Gli animali che il proprietario consegna a *soccida* ad altri, fuorchè all' affittuario o al colono parziario, sono dichiarati beni mobili dall' articolo 522, e però andranno soggetti al privilegio dei mobili.

E sotto lo stesso privilegio cadranno i battelli, le chiatte, le navi, i molini e bagni su battelli, e generalmente ogni edifizio non fisso sopra pilastri e non formante parte della casa, essendo tali cose ed oggetti dichiarati mobili dall' articolo 531. La disposizione del quale articolo è pienamente conforme alla massima stabilita dalla L. 18, D. *De action. empt. et vend.* « Granaria, quæ ex tabulis fieri solent, ita ædium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et cæsis cedunt. »

Dichiara l' articolo 532, che i materiali provenienti dalla demolizione d' un edifizio, o raccolti per costruirne un nuovo, sono mobili sino a che siano impiegati dall' operajo in una costruzione. Anche questa disposizione è la ripetizione della massima generale stabilita dalla L. 17, § 10, D. *De action. empt. et vend.* « Quæ parata sunt, ut imponantur, non sunt ædificii. » Della qual massima si vede una bellissima applicazione nella L. 18, § 1, D. dello stesso titolo. « Tegulæ, quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamvis tegendi gratia allatæ sint, in rutis et cæsis habentur. » Il citato articolo 532 colle parole *sino a che siano impiegati dall' operajo in una costruzione* indica il momento, in cui i materiali, di cui parla, cessano di appartenere alla classe dei mobili. In questa parte altresì i Compilatori del Codice Napoleone seguirono le massime della Romana Giurisprudenza, e ne fa prova la L. 39, D. *De rei vindicat.*, colla quale s'accordano perfettamente le citate ultime parole dell'articolo 532: « Redemptores, qui suis cæmentis ædificant, statim cæmenta faciunt eorum, in quorum solo ædificant. » Dunque i materiali provenienti della demolizione d' un edificio, o raccolti per costruirne un nuovo, sino a che siano impiegati in una costruzione, cadranno sotto il privilegio dei mobili.

76. Si disse sotto il numero 64 che i beni mobili divenuti immobili per destinazione cadono sotto il privilegio, a cui sono soggetti gl' immobili, di cui fan parte. Avvertiremo ora che i beni mobili divenuti immobili per destinazione cesseranno di essere soggetti al privilegio degli immobili e cadranno invece sotto il privilegio dei mobili, tostochè, ripigliata la loro natura di mobili, avranno cessato di far parte dell' immobile, al quale furono aggregati. Quest' avvertenza, di per sè chiarissima, trova il suo appoggio nella L. 59, D. *De rei vindicat.* « Quæ alienis ædificiis

connexa essent, ea, quamdiu juncta manerent, eorumdem ædificiorum esse: simul atque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti. »

77. Sotto il numero 69 si accennò alla quistione, che si faceva tra i Dottori e i Forensi, se le azioni che per loro natura sono diritti incorporali, dovessero collocarsi nella categoria dei beni mobili o pure in quella dei beni immobili, questione lungamente discussa dal Voet (1) nel titolo *De divisione rerum.* Il Codice Napoleone, che nell'articolo 526 dichiara immobili per l'oggetto cui si riferiscono, le azioni che tendono a rivendicare un immobile, dispone nell'articolo 529, che sono mobili per determinazione della legge le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari, le azioni o interessi nelle società di finanza, di commercio o d'industria, quando anche appartengano a queste società beni immobili dipendenti dalle stesse imprese. Mentre in quest'articolo 529 sono dichiarate mobili per determinazione della legge le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari, non si fa alcuna distinzione fra le azioni semplicemente personali o chirografarie e le azioni garantite da una ipoteca o da un privilegio su qualche immobile. L'ipoteca non è che l'accessorio di una obbligazione principale, come dice la L. 5 pr. D. *De pignor. et hyp.* « Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacumque obligatione. » È perciò che la L. 6, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.,* insegna, che il vincolo del pegno si scioglie, quando rimane estinta in qualunque modo la obbligazione, non potendo l'accessorio sopravvivere alla morte del principale. « Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. » L'ipoteca dunque e il privilegio, sebbene reali, non potranno variare la natura ed essenza della obbligazione principale, di cui garantiscono l'adempimento. Avendo pertanto l'articolo 529 messo nella classe dei beni mobili le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari, è chiaro che tali obbligazioni ed azioni conserveranno sempre una tale qualità, quand'anche siano garantite con ipoteca o con privilegio costituiti su beni immobili. Non vuolsi però tacere che anche questo punto è stato soggetto di questione tra i Dottori, e ne fa fede il Voet, il quale non du-

(1) Lib. 1, tit. 8, n. 18, 21, 22.

bita di chiamare assurda la pretesa di coloro, che vorrebbero in grazia del vincolo reale dell' ipoteca trasformare in beni immobili le azioni personali aventi per oggetto cose mobili. (1) Questa questione, a cui accenna il lodato Voet, spiega il perchè i Compilatori del Codice di Parma e del Codice Estense non si contentarono di dichiarare, i primi nell'articolo 384, i secondi nell' articolo 419, che sono mobili per determinazione della legge le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigibili, o cose mobili, ma vollero altresì particolarizzare il caso delle obbligazioni ed azioni garantite da ipoteca colle parole *le obbligazioni e le azioni anche ipotecarie.*

È pur stata grave questione tra i Forensi e i Dottori, se le rendite perpetue e vitalizie appartenessero alla categoria dei beni mobili o a quella dei beni immobili, e anche di questa questione fa parola il citato Voet. (2) Ma il Codice Napoleone ha tolto il campo a questa disputa dichiarando nella seconda parte del citato articolo 529, che sono egualmente mobili per determinazione della legge le rendite perpetue o vitalizie, tanto sullo Stato, quanto sui particolari. E questa massima è stata pure adottata dai Compilatori del Codice di Parma nell'articolo 385, e da quelli del Codice di Modena nell' articolo 420, non solo rispetto alle rendite, ma altresì rispetto ai censi.

Le obbligazioni adunque e le azioni, e così anche le rendite dichiarate mobili dall' articolo 529 del Codice Napoleone cadranno sotto il privilegio, di cui sono capaci i beni mobili. Nè alcun dubbio può muoversi intorno alla capacità di dette obbligazioni ed azioni ad essere soggetto di un privilegio, perchè anche la L. 18 pr. D. *De pignorat. act.* insegna come per Gius Romano potessero le obbligazioni essere sottoposte a pegno: « Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Prætore hæc conventio; ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. » E siccome l' articolo 529 non fa alcuna differenza tra le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto *somme esigibili* e tra quelle che hanno per oggetto *effetti* mobiliari, così è a tenersi che le une e le altre sono capaci egualmente del privilegio. Anche per Gius Romano potevano darsi in pegno tanto i crediti di quantità, quanto i cre-

(1) Lib. 1, tit. 8, n. 27.
(2) Lib. 1, tit. 8, n. 22.

diti di specie, e questa massima viene insegnata dalla L. 18 citata, D. *De pignorat. act.*, la quale, dopo avere ammesso il principio che i crediti possono darsi in pegno, conclude: « Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. »

78. Abbiamo brevemente percorse le cose, sulle quali i privilegi possono essere costituiti; ma giova ripetere, che di privilegio non sono capaci i beni, o siano mobili o siano immobili, che non sono in commercio. Questa massima fondamentale, stabilita dalla L. 1, § 2, D. *Quæ res pign. vel hyp.*: « Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest; » massima che venne dall'articolo 2118 proclamata rispetto alle ipoteche; è la regola prima, alla quale vuolsi por mente, allorchè si tratta di giudicare, se una cosa sia o no soggetta all'onere del privilegio. Imperocchè i privilegi, come le ipoteche, non sono che cause legittime di prelazione fra i creditori, e mirano allo stesso scopo, quello cioè d'impedire la distribuzione per contributo del prezzo ricavato dalla vendita dei beni del debitore in favore dei creditori, a garanzia de' quali furono costituiti.

79. Per Diritto Romano dal gius *in re* derivante dal pegno nasceva al creditore l'azione ipotecaria o *quasi Serviana* contro qualunque terzo possessore, sia che il pegno fosse costituito su cosa mobile o su cosa immobile, sia che del pegno fosse stata fatta la tradizione al creditore, o la cosa data in pegno fosse rimasta nel possesso del debitore. Perciò dice Giustiniano: « Quasi Serviana est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. » (1) I privilegi del Codice Napoleone sono diritti reali, sia che siano costituiti sui mobili, o sugli immobili; ma quanto all'azione reale ipotecaria contro i terzi possessori è gran differenza tra i privilegi costituiti sui mobili e quelli costituiti sugli immobili. Dai privilegi costituiti sugli immobili, come dalle ipoteche, nasce sempre l'azione reale ipotecaria contro i terzi possessori, e quanto all'azione reale ipotecaria nessuna differenza passa tra i privilegi costituiti sugli immobili e le semplici ipoteche. Al contrario i privilegi costituiti

(1) Instit. lib. 4, tit. 6, § 7.

sui mobili, sebbene siano reali, non danno mai l'azione reale ipotecaria contro i terzi possessori, salvo quanto si dirà in appresso dell'azione di rivendicazione concessa al locatore. L'azione reale ipotecaria, che l'articolo 2166 dà ai creditori privilegiati od ipotecarj, compete unicamente contro i terzi possessori d'immobili soggetti a privilegio o ad ipoteca. Contro i terzi possessori di mobili, a privilegio sottoposti, nessuna azione è concessa al creditore privilegiato. Il Codice Napoleone, il quale nell'articolo 2119 ha dichiarato che i mobili non sono suscettivi d'ipoteca, e nell'articolo 2279, che, riguardo ai mobili, il possesso produce l'effetto stesso del titolo, non ha voluto recare imbarazzi e pastoje al commercio, accordando ai creditori privilegiati l'azione reale contro i terzi possessori dei mobili soggetti a privilegio. Giovò la legge abbastanza all'interesse di alcuni creditori, loro concedendo sul prezzo dei mobili il diritto di prelazione derivante dal privilegio; ma era giusto che il favore accordato a questi creditori privilegiati sui mobili fosse ristretto entro quei limiti, che l'utilità pubblica, più forte dell'interesse privato, altamente domandava. L'alienazione perciò degli immobili non estingue il privilegio sui medesimi esistente, e quando il debitore vende un immobile gravato di privilegio, si può ripetere la massima che la L. 12, D. *De distractione pignor.*, stabilisce rispetto alle ipoteche: « dominium cum sua causa transtulit ad emptorem. » Al contrario l'alienazione dei mobili estingue il privilegio che sui medesimi era costituito, e il creditore privilegiato non ha sui mobili alienati maggiori diritti di quelli che hanno i creditori chirografarj sui beni del loro debitore passati nelle mani di un terzo possessore. (1) Due decisioni del Supremo Consiglio di Modena dei 29 maggio 1830 e 17 marzo 1832 ebbero a dichiarare, che tra il privilegio costituito sui mobili e l'ipoteca esiste una sostanziale differenza, l'estinzione cioè del privilegio quando i mobili rientrano nel commercio generale passando dall'uno all'altro possessore. (2)

80. La massima stabilita dall'articolo 2099 è ripetuta dagli articoli 1968 del Codice del Regno delle Due Sicilie, 2127 del

(1) Troplong, art. 2099, n. 101.

(2) Collez. delle massime stabilite dal Sup. Cons. di Modena, tom. 5, pag. 28, dec. n. 930, 931, Paraluppi con Modena.

Codice di Parma, 2153 del Codice di Sardegna, 8 del Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche,* e dal § 61 del Regolamento Ipotecario Pontificio; se non che gli articoli 2127 del Codice di Parma e 2153 del Codice di Sardegna dichiarano con più precisione dell' articolo 2099 del Codice Napoleone, che i privilegi sono costituiti sopra beni mobili o immobili, o sopra gli uni e gli altri insieme. Ho detto *con più precisione,* perchè vi ha alcuni privilegi, come vedremo, i quali si estendono sopra i mobili e sopra gl' immobili; laddove dalla maniera, ond' è concepito l' articolo 2099, parrebbe dover dedursi, come nota il Persil, (1) che i privilegi non possano estendersi sopra i beni mobili ed immobili insieme.

Anche il citato articolo 8 del Motuproprio Toscano abbracciando ogni maniera di privilegi dichiara con molta esattezza, che *il privilegio comprende o generalmente tutti i beni immobili e mobili del debitore, o questi soltanto e non i primi, o specialmente alcuni capi d' immobili o mobili.*

Finalmente il Codice di Modena attenendosi strettamente alla disposizione degli articoli 2127 del Codice di Parma e 2153 del Codice di Sardegna dispone nell' articolo 2121: « *I privilegi sono costituiti sopra beni mobili od immobili, o sopra gli uni e gli altri insieme.* »

DEI PRIVILEGI SOPRA I MOBILI.

Articolo 2100.

I privilegi sono o generali, o speciali sopra certi mobili.

81. Si è detto che per Gius Romano i privilegi, come quelli che cadevano sotto la categoria dei crediti chirografarj, erano posposti a tutte le ipoteche, tanto semplici quanto privilegiate. È però certo che alcuni crediti privilegiati erano dalla legge guardati con tanto favore, che, sebbene non fossero muniti d' ipoteca, venivano per eccezione preferiti a qualunque ipotecario cre-

(1) Art. 2099, n. 12.

ditore. Di ciò fa fede il Voet, di cui giova riportar le parole: « Illud in genere constat, hypothecarios præferri chirographariis in rebus sibi pignoris jure devinctis, eo excepto, quod quidam chirographarii hypothecariis, maximo licet privilegio munitis, anteponendi sunt. » (1)

Il Codice Napoleone ad alcuni crediti degni del massimo favore accorda un privilegio generale sopra tutti i mobili del debitore; ad altri crediti non meritevoli di un sì largo favore un privilegio speciale sopra certi mobili. E però i privilegi, che colpiscono i mobili, si distinguono in due classi; gli uni sono *generali*, e si estendono a tutti i mobili del debitore; gli altri sono *speciali*, e gravano certi mobili soltanto.

82. Dispone l' articolo 533, che la parola *mobili*, usata nelle disposizioni della legge o dell' uomo, senz' altra aggiunta o designazione, non comprende per sè sola il danaro, le gemme, i crediti, i libri, le medaglie, gli istromenti delle scienze, delle arti e dei mestieri, le biancherie ad uso della persona, i cavalli, gli equipaggi, le armi, i grani, vini, fieni ed altre derrate, e nemmeno ciò che forma l' oggetto di una negoziazione. Sarebbe grave errore il pensare, che gli oggetti indicati nel detto articolo 533 non fossero compresi nel numero delle cose che devono cadere sotto i privilegi generali. Appunto perchè questi privilegi sono *generali*, devono abbracciare la universalità dei mobili, le cose cioè tutte che sono mobili o per loro natura, o per determinazione della legge. Nè si può trarre alcun argomento dalla disposizione del detto articolo 533, per sottrarre dall' onere dei privilegi generali gli oggetti in detto articolo indicati. Imperocchè vuole l' articolo citato che la parola *mobili* non comprenda il denaro, le gemme ecc., quando è usata nelle disposizioni della legge o dell' uomo senz' altra aggiunta, o designazione: laddove l' aggiunta o designazione, a cui accenna il detto articolo, nel caso dei privilegi generali sta appunto nella qualità di *generali* attribuita ai privilegi, di cui è discorso. Solamente saranno sottratte ai privilegi, che si esercitano sulla generalità dei mobili, le cose divenute immobili per destinazione, le quali, giusta l' articolo 592 del Codice di Procedura, nè pure possono essere gravate; ed anche queste cadranno sotto il peso dei detti privilegi,

(1) Lib. 20, tit. 4, n. 16.

tosto che avranno cessato di far parte dell' immobile a cui furono unite, e avranno ripresa la loro natura mobile. (1)

83. I denari sono certamente cose mobili, e non v' ha dubbio, che anche su questi avranno diritto i creditori, ai quali compete il privilegio generale sui mobili. Ma suppongasi che nella cassa di un debitore caduto in fallimento si trovino gl' identici denari ch' egli prese a mutuo da un terzo poco prima dell' apertura del giudizio di concorso, e che il mutuante abbia modo di giustificare legalmente l' identità dei denari da lui somministrati. I creditori, che hanno privilegio generale sui mobili, avranno anche in questo caso diritto su questi denari con prelazione allo stesso mutuante? Questo dubbio, se pure si può chiamar dubbio, è deciso dalla L. 34, § 2, D. *De pignor. act.*, la quale è applicabile al caso dei privilegi generali: « Creditor pignori accepit a debitore *quidquid in bonis habet, habiturusve esset.* Quæsitum est, an corpora pecuniæ, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis ejus facta sint, obligata creditori pignoris esse ceperint? Respondit, cepisse. » È chiara la ragione di questa giustissima decisione. Nel mutuo avviene un' assoluta e piena traslazione di dominio del denaro dato a mutuo, che è cosa *fungibile*, dal mutuante nel mutuatario. Di questo principio fa fede Giustiniano, il quale insegna: « inde etiam *mutuum* appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. » (2) Anche l' articolo 1893 del Codice Napoleone stabilisce, che in forza del mutuo il mutuatario diviene padrone della cosa mutuata. Essendosi pertanto col mutuo trasferito dal mutuante nel mutuatario il dominio dei denari, che furono ritrovati nella cassa del fallito, non può il creditore, cui compete il privilegio generale, non aver diritto, con prelazione allo stesso mutuante, sui detti denari, sebbene al mutuante potesse venir fatto di provare con tutta evidenza e certezza l' identità delle specie da lui consegnate. Nè si dica, che il mutuante, provata l' identità dei denari dati a mutuo, può escludere il creditore munito del privilegio generale, intentando l' azione di rivendicazione diversa dall' azione personale creditoria. Il creditore privilegiato risponderebbe alla strana pretesa del mutuante, che si volesse far forte dell' azione di rivendicazione, colle parole della L. 2, D. *De reb. cred.*, che

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 35. Persil, art. 2100, n. 1.
(2) Instit. lib. 3, tit. 15, pr.

le cose fungibili *in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie.* Se Giustiniano accorda al pupillo, che diede denari a mutuo senza l'autorità del tutore, l'azione di rivendicazione per riavere le specie ancora esistenti nelle mani del mutuatario, ciò è appunto, perchè il difetto dell'autorità del tutore rende nullo il contratto, ed impedisce la traslazione del dominio dei denari dati a mutuo. « Si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem; quia pecuniam non facit accipientis; ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extant. » (1)

84. Se il debitore fallito sia usufruttuario di beni immobili e di beni mobili, quali diritti competeranno al creditore che ha un privilegio generale? Insegna la L. 3, § 1, D. *De usuf. et quem.*, che l'usufrutto può cadere tanto sulle cose mobili, quanto sulle immobili. « Constitit ususfructus non tantum in fundo, et ædibus, verum etiam in servis, et jumentis, et cæteris rebus. » Anche il Codice Napoleone dichiara nell'articolo 581, che l'usufrutto può ugualmente costituirsi sopra qualunque specie di beni mobili od immobili. Facendosi il Voet ad esaminare a qual classe di beni appartengano l'usufrutto e le altre servitù stabilisce, che dovranno aversi per beni mobili o per beni immobili, secondo la natura o mobile o immobile dell'oggetto cui si riferiscono. (2) Coerentemente a questo principio l'articolo altra volta citato 526 dichiara immobile per l'oggetto cui si riferisce l'usufrutto delle cose immobiliari. Per la ragione contraria pertanto dovrà annoverarsi tra le cose mobili l'usufrutto che cose mobili ha per oggetto. Il creditore per ciò privilegiato sulla generalità dei mobili potrà esercitare il suo privilegio sul gius di usufrutto competente al debitore su beni mobili; ma non potrà farlo valere sul gius di usufrutto che lo stesso debitore ha su cose immobiliari, dalla legge considerato come una proprietà immobile, di cui dall'articolo 2204 è anche permessa la spropriazione.

Ma non bisogna confondere il gius di usufrutto spettante al debitore su beni immobili, coi frutti ricavati dai beni stessi anteriormente all'apertura del fallimento. L'usufruttuario, come stabilisce anche l'articolo 582, ha il diritto di godere di ogni specie di frutto naturale, industriale e civile che può produrre l'im-

(1) Instit. lib. 2, tit. 8, § 2.
(2) Lib. 1, tit. 8, n. 20.

mobile, di cui ha l' usufrutto. Tutti i frutti pertanto naturali e industriali, già staccati e raccolti dai fondi ad usufrutto soggetti, appartengono in proprietà assoluta all' usufruttuario, e sebbene siano ancora esistenti all' epoca dell'apertura del fallimento, cadono necessariamente sotto il privilegio dei creditori privilegiati sulla generalità dei mobili. Dicasi lo stesso dei frutti civili, ossia delle pigioni delle case e dei fitti dei fondi locati, i quali giusta l' articolo 586 si ritengono acquistati ed appartengono giorno per giorno all' usufruttuario. Anche a questi frutti civili dei fondi, di cui il debitore ha l' usufrutto, scaduti anteriormente e sino all'apertura del giudizio di concorso, si estenderà il privilegio, che colpisce la generalità dei mobili.

Rispetto agli alberi, che muoiono, dei fondi soggetti ad usufrutto, la L. 18, D. *De usuf. et quem.*, ne dà la proprietà all'usufruttuario: « Agri usufructu legato in locum demortuarum arborum aliæ substituendæ sunt! et priores ad fructuarium pertinent. » Lo stesso principio è seguito dall' articolo 594 del Codice Napoleone, il quale dispone che gli alberi fruttiferi che muoiono, come anche quelli che sono svelti o spezzati per accidente, appartengono in proprietà all' usufruttuario, coll' obbligo di surrogarne altri. Anche dunque a questi alberi, divenuti già proprietà mobile dell' usufruttuario all' epoca del giudizio di concorso, si estenderanno i privilegi generali, di cui è discorso.

85. Il creditore ipotecario ha diritto sui frutti del fondo ipotecato, dal giorno in cui esercita in giudizio la sua ipoteca. Questo principio è chiaramente stabilito dalla L. 16, § 4, D. *De pignor. et hyp.* « Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex: ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit proedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare, nisi exstent, et res non sufficiat. » Bisogna dunque, quando si tratta di frutti di un fondo ipotecato distinguere tra i frutti anteriori e i frutti maturati posteriormente al giudizio. L' ipoteca non dà alcun diritto al creditore ipotecario sui primi; i secondi s' immobilizzano dal giorno del giudizio a favore del creditore, il quale ha sui frutti lo stesso diritto che ha sul prezzo dell' immobile datogli in ipoteca. Gli stessi principj sono seguiti dal Codice di Procedura Civile, il quale nell' articolo 689 dispone, che i frutti raccolti dopo la denunzia fatta al debitore del gravamento degli

stabili saranno come stabili considerati, per essere distribuiti unitamente al prezzo di questi secondo l'ordine d'ipoteca; e nell'articolo 691 ripete la stessa massima rispetto alle pigioni ed i fitti delle case e dei fondi affittati. Se dunque del patrimonio del debitore faranno parte immobili gravati d'ipoteche, i creditori che hanno privilegio generale sui mobili, potranno esercitare il loro privilegio sui frutti naturali, industriali e civili dei detti fondi maturati e scaduti anteriormente al giudizio di concorso, nessun diritto potendo reclamare sui detti frutti anteriori i creditori ipotecarj, a favore dei quali s' immobilizzano i soli frutti maturati e scaduti dal giorno del giudizio.

86. Insomma si può concludere, che i privilegi generali, a cui accenna l'articolo 2100, colpiscono tutti i beni che sono mobili, per loro natura, o per determinazione della legge, e che restano esclusi i soli beni che sono immobili per loro natura, o per la loro destinazione, o per l'oggetto cui si riferiscono. (1) Ulpiano nella L. 6, D. *De pignor. et hyp.*, fatto il quesito, quali cose si comprendono nella ipoteca generale consentita da un debitore, che dà in pegno al creditore tutti i suoi beni presenti e futuri, risponde nel seguente modo: « Obligatione generali rerum, *quas quis habuit, habiturusve sit,* ea non continebuntur, quæ verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse: ut puta supellex; item vestis relinquenda est debitori, et ex mancipiis, quæ in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse. » La decisione di Ulpiano non è che una interpretazione della volontà presunta del debitore, e siccome i privilegi derivano direttamente dalla legge, non dalla volontà dell'uomo; così la detta decisione non potrebbe legittimare una limitazione qualunque che si volesse recare ai privilegi, che si estendono per volere di legge alla generalità dei mobili.

Ma se non si può ricorrere a presunzioni di volontà del debitore per limitare i privilegi che la legge vuole e dichiara generali; è però a tenersi che questi privilegi, sebbene siano generali, non possono colpire quei mobili, sopra i quali è vietata la esecuzione. Nel Deuteronomio è scritto comandamento di legge: « Quando fai prestito al prossimo tuo, non entrare in sua casa a prenderne il pegno, ma stattene fuori, e prendi quello ch'egli ti porterà; nè ricevere macine o mola, necessarj stromenti alla

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, chap. 2, n. 35.

vita, chè allora torresti in cambio la vita stessa del prossimo tuo. » La legge deve essere umana, e non può tollerare, che la durezza di un creditore riduca all' ultima disperazione il debitore e la sua famiglia. Perciò l' articolo 592 del Codice di Procedura Civile vieta il gravame e la vendita giudiziale del letto necessario ai gravati e di quello dei figli, degli abiti dei quali i gravati sono vestiti e coperti, e di alcuni altri oggetti di prima e assoluta necessità. Alle cose, che non possono essere nè gravate nè vendute, non si possono estendere i privilegi generali. Imperocchè i privilegi, o siano generali, o siano speciali, non accordano altro diritto ai creditori che quello di essere preferiti agli altri nella distribuzione, che si fa nei giudizi di esecuzione, del prezzo dei beni del debitore. (1)

87. Allorchè esamineremo l' articolo 2102, delle cose, su cui cadono i privilegi speciali, terremo discorso.

Prima di passare ad esaminare i crediti che godono del gius di privilegio, è duopo avvertire, che i privilegi, o siano generali o speciali, o siano costituiti su beni mobili o pure su beni immobili, sono di stretto diritto, e non ammettono quella che chiamasi interpretazione *estensiva.* Insegna il celebre Romagnosi, che il Giureconsulto non ha altro criterio di giustizia e di verità che il Codice civile della Nazione, al quale s' egli volesse rendersi superiore o divergente, egli uscirebbe dalla sfera de' suoi doveri, e dal carattere ch' egli riveste. (2) Ma questa regola, alla quale deve attenersi il Giureconsulto, il cui modulo deve esser quello della ragion civile, (3) non impedisce l' uso della interpretazione appoggiata ai motivi, onde fu animata la disposizione generale della legge. Infatti lo stesso Romagnosi censurando il sistema di coloro, che nella applicazione delle leggi, invece di seguire quel giusto mezzo che è dettato dalla sapienza e dalla moderazione, cadono, peccando per eccesso, in un malinteso e biasimevole rigore, insegna che l' ufficio del Giureconsulto e del Magistrato deve essere *subordinato* ai dettami della legge positiva, non essere *inceppato.* (4) Le leggi, che costituiscono il diritto comune di tutti, ammettono quella interpretazione, che ne

(1) Troplong, art. 2099, n. 117.
(2) Genesi del Diritto Penale, par. 3, lib. 2, cap. 1.
(3) Romagnosi, Condotta delle Acque, par. 1, lib. 2.
(4) Condotta delle Acque, part. 1, lib. 3.

estende la disposizione ai casi simili non contemplati dalle parole del legislatore. Questo modo d'interpretazione è chiaramente accordato al Giureconsulto dalle Leggi 12, e 13, D. *De legibus, senatusque consultis.* Ma quando si tratta di leggi pubblicate contro il diritto comune per favorire persone o diritti particolari, di leggi eccezionali cioè, che devono far tacere la regola generale; allora ogni larga interpretazione sotto qualunque pretesto è vietata, allora il Giureconsulto deve attenersi rigorosamente all'insegnamento datogli da Paolo nella L. 14, D. *De legib.* « Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. » In questo caso il Giureconsulto deve essere non solo *subordinato* ai dettami della legge, ma, dirò così, *inceppato.* Tali sono tutte le disposizioni, che riguardano la materia dei privilegi. La regola generale stabilisce, che il prezzo dei beni del debitore, i quali sono la garanzia comune de' suoi creditori, si deve compartire fra essi per contributo. Contro questa regola generale furono creati i privilegi in favore di alcuni determinati crediti, a cui è accordato il diritto di prelazione. È dunque giusto che ogni interpretazione intesa ad allargare la sfera di questi privilegi contrarj al diritto comune, e gravemente dannosi alla massa dei creditori, sia proibita; e che le disposizioni, donde i privilegi derivano, siano con tutta severità e rigore applicate. (1) Questa massima insegnata dagl'Interpreti del Diritto Francese venne pur stabilita da una Decisione del Foro Toscano del 21 agosto 1828, la quale dichiarò che in materia di privilegi ogni interpretazione estensiva è proibita. (2)

88. Conforme all'articolo 2100 del Codice Napoleone è l'articolo 1969 del Codice del Regno delle Due Sicilie.

Il Codice di Parma nell'articolo 2128 e il Codice del Regno di Sardegna nell'articolo 2155 dichiarano, come fa l'articolo 2100 del Codice Napoleone, che i privilegi sopra i mobili sono o generali o speciali, ma aggiungono inoltre a maggiore schiarimento, che i primi colpiscono tutti i beni mobili del debitore; e che i secondi cadono sopra alcuni mobili solamente.

Il Codice di Modena attenendosi agli articoli citati 2128 del Codice di Parma, e 2155 del Codice del Regno di Sardegna, dispone nell'articolo 2122:

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, chap. 1, n. 20.
(2) Tesoro del Foro Toscano, tomo 10, pag. 271, dec. 66.

« *I privilegi sopra i mobili sono generali, o speciali.*

» *I primi colpiscono tutti i beni mobili del debitore, i secondi cadono sopra alcuni mobili solamente.* »

La seconda parte di quest'articolo 2122 del Codice di Modena, *I primi colpiscono tutti i beni mobili del debitore,* non lascia alcun dubbio intorno alla estensione da darsi ai privilegi generali. Vuolsi pure avvertire, che la difficoltà, a cui poteva dar luogo il già citato articolo 533 del Codice Napoleone, non potrebbe riproporsi a fronte delle disposizioni del Codice di Modena. Imperocchè l'articolo 422 di questo Codice dispone, che la parola *mobili,* e quelle di *beni mobili* o *cose mobili* usate nelle disposizioni della legge senz'altra aggiunta o designazione che ne restringa il significato, comprendono generalmente tutto ciò che viene riputato mobile, e che nello stesso senso viene anche interpretata l'espressione *beni, cose* o *effetti mobili* usata nelle disposizioni dell'uomo. La restrizione che dà l'articolo 533 del Codice Napoleone alla parola *mobili,* usata nelle disposizioni della legge o dell'uomo, è stata dall'articolo 423 del Codice di Modena adottata solo pel caso in cui la parola *mobili* è usata nelle disposizioni dell'uomo senz'altra aggiunta o designazione che ne estenda il significato.

DEI PRIVILEGI GENERALI SOPRA I MOBILI.

Articolo 2101.

I crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili sono quelli enunziati in appresso, e si esperimentano con l'ordine seguente:

1. Le spese giudiziali;

2. Le spese funerarie;

3. Tutte le spese dell'ultima infermità, in proporzione eguale fra quelli cui sono dovute;

4. I salarj delle persone di servizio per l'anno scaduto e quelli dovuti per l'anno corrente;

5. Le somministrazioni di sussistenza fatte al debitore ed alla sua famiglia; cioè, per li sei ultimi mesi, dai venditori al minuto, come i fornaj, macellari, e simili; e per l'ultimo anno, dai padroni di locanda e mercanti all'ingrosso.

1. *Le spese giudiziali.*

89. Sotto il numero 81 si è detto, che alcuni crediti chirografarj privilegiati erano dal Gius Romano guardati con tanto favore, che per eccezione venivano preferiti a tutte le ipoteche tanto semplici, quanto privilegiate. Uno di questi crediti di un sì largo favore privilegiati era quello delle spese giudiziali sostenute per l'interesse della massa dei creditori. Di ciò ne ammaestra il Voet, il quale dopo di avere accennato come alcuni crediti chirografarj godessero il privilegio di essere preferiti a qualunque ipoteca anche privilegiata, cita ad esempio quello delle spese giudiziali: « veluti, si quis in rei distrahendæ proscriptionem, venditionem, traditionemque crediderit; quo et reducendi sumtus a curatore bonis dato vel executore necessario facti in conservationem rei; ut et impensæ bona fide factæ per unum ex creditoribus pro impetratione decreti. » (1) Le dette spese giudiziali anzi, sostenute per l'interesse comune, costituivano non solo un credito privilegiato a qualunque altro preferito, ma erano prelevate dal prezzo dei beni da distribuirsi ai creditori, come si raccoglie chiaramente dalla L. 22, § 9, C. *De jure deliber.*, la quale accorda all'erede beneficiato il diritto di dedurre dal patrimonio ereditario le spese funeratizie e le spese giudiziali dell'inventario: « In computatione autem patrimonii damus ei licentiam excipere et retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. » Niente di più giusto ed equo di questa prelazione assoluta accordata al credito delle spese giudiziali, che tornarono a vantaggio comune. Imperocchè, dovendo i creditori esercitare avanti il tribunale le loro azioni e diritti, e domandare nei giudizj di esecuzione la vendita, da farsi nei modi legali, dei beni del debitore, onde il prezzo sia distribuito secondo le regole

(1) Lib. 20, tit. 4. n. 16.

fissate dalla legge, quegli tra essi che del proprio sostiene spese necessarie, le quali non a lui soltanto giovano, ma all'intera massa dei creditori, è un vero gestore di negozj rispetto agli altri, dai quali potrebbe ripetere la rispettiva quota. Dice Papiniano nella L. 31, D. § 7, *De negot. gest.*, che chi difende in giudizio a proprie spese la causa di un diritto ad altri comune, ha contro gli altri interessati l'azione *negotiorum gestorum*: « Uno defendente causam comunis aquæ, sententia prædio datur: sed, qui sumptus necessarios probabiles in comuni lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet. » Per la stessa ragione si può e si deve considerare qual gestor di negozio quel creditore, che sostenne spese profittevoli alla massa dei creditori, delle quali avrebbe ciascuno in proporzione del rispettivo credito ed interesse dovuto anticipare il pagamento. Le spese giudiziali, come quelle, senza le quali i creditori non potrebbero ottenere la soddisfazione del proprio avere, dovendo la vendita dei beni del debitore e la distribuzione del prezzo farsi in giudizio nei modi e colle cautele determinate dalla legge, si possono a buon dritto collocare nel numero di quelle spese *necessarie*, di cui parla la L. 8, D. *Depositi*, e che sempre devono prelevarsi: « Plane, sumtus causa, qui necessarie factus est, semper præcedit: nam, deducto eo, bonorum calculus subduci solet. »

90. Animato dallo stesso spirito il Codice Napoleone, che cammina quasi sempre sulle orme del Diritto Romano, accorda alle spese giudiziali il privilegio generale sui mobili. L'articolo 2101 stabilisce in termini generali che del privilegio generale sui mobili godono *le spese giudiziali*. Ma siccome le spese giudiziali possono essere, alcune sostenute per l'interesse particolare ed esclusivo di un creditore, altre per l'interesse comune della massa; così tutti i Dottori ed Interpreti s'accordano nell'insegnare, che le spese giudiziali, a cui accenna l'articolo 2101, sono quelle soltanto, che furono fatte per l'interesse e pel vantaggio della massa dei creditori. (1) Non poteva darsi all'articolo 2101 una diversa interpretazione. Imperocchè le spese giudiziali, che tornano a solo vantaggio di un creditore, non sono che un accessorio del credito, del quale devono seguire la sorte, ed essere perciò collocate nel posto assegnato nella graduatoria al capitale, o

(1) Troplong, art. 2101, n. 122, 130. Persil, art. 2101, n. 1. Duranton, liv. 3, tit. 18, chap. 2, n. 39.

nella classe dei crediti privilegiati, o in quella degli ipotecarj, o dei chirografarj, secondo che trattasi o di credito privilegiato, o ipotecario, o chirografario. (1) Essendo necessario il determinare a quali spese giudiziali il privilegio accordato dall'articolo 2101 era applicabile, dovea adottarsi quella sola interpretazione che fosse conforme alla giustizia, alla equità ed alla presunta mente del legislatore, e non fosse lesiva del diritto di alcuno. Nessuno dei creditori del concorso può richiamarsi del privilegio accordato alle spese giudiziali fatte per l'interesse di tutti, perchè il creditore che le ha anticipate è un vero *negotiorum gestor* rispetto agli altri, e perchè ciascuno dei creditori avrebbe dovuto sostenerle del proprio per ottenere il fine della voluta soddisfazione.

91. A questa interpretazione data all'articolo 2101 dagl'Interpreti del Sistema Ipotecario han posto il suggello non poche sentenze e decisioni di tribunali. Citerò tra queste una Decisione del Supremo Consiglio di Modena del 13 agosto 1833, Del Medico con Compagni. (2) Stabilì questa Decisione che rispetto alle spese sostenute in un giudizio di concorso conviene far distinzione fra le spese fatte da un creditore in oggetti concernenti l'interesse dell'intiera massa, e quelle fatte da un creditore a garanzia e conservazione del proprio titolo in faccia del suo debitore; che le prime godono del diritto di prelevazione in grazia del privilegio accordato dall'articolo 2101 n. 1, e che le seconde per massima inconcussa di Giurisprudenza sono considerate quali accessorj del titolo del creditore, e dal titolo stesso misurano l'ipoteca. A mostrare l'applicazione di questa massima fatta dallo stesso Supremo Consiglio di Modena giova il caso deciso nel 21 febbraio 1835. Nell'anno 1813 la Direzione del Demanio creditrice di Tizio avendo inutilmente tentata la vendita di alcuni fondi di esso, li ritenne in semplice amministrazione. Poscia la R. D. Intendenza subentrata al Demanio aperse il concorso parziale de' creditori sopra gli stessi stabili. Questo progredì fino alla graduatoria inclusivamente; ma posteriormente, ad istanza de' creditori, fu aperto nell'anno 1819 il giudizio di concorso generale ai beni di Tizio. Dopo la quale apertura la R. Intendenza, la quale si spogliò dei beni

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 42.

(2) Collezione delle Massime di Dir. stabilite dal Sup. Consiglio di Modena, tomo 5, dec. n. 1039, pag. 183.

da lei appresi e li rinunziò allo stato di Tizio, chiese di essere graduata della somma A, di cui rimaneva creditrice, e per le imposte da essa pagate negli anni 1820 e 1821. In tale fattispecie il Supremo Consiglio per rendere la dovuta giustizia dichiarò doversi distinguere in due periodi il tempo, nel quale le sostanze di Tizio erano state in mano del Demanio e poscia della R. Intendenza; quello cioè in cui ne tennero l'amministrazione per proprio interesse, e quello in cui l'amministrazione fu tenuta per l'interesse de'creditori; e che questo secondo periodo era cominciato coll'apertura del giudizio del parziale concorso; giacchè prima il Demanio si era giovato del beneficio accordatogli dalle leggi amministrative, di soddisfarsi sotto le norme di privilegiato procedimento sulle sostanze mobili ed immobili del debitore. Fatta questa distinzione di tempi, il lodato Supremo Consiglio concluse, che nel primo periodo siccome il Demanio e l'Intendenza lucravano a proprio vantaggio il ricavato delle rendite dei mobili e semoventi, e il prodotto dei fondi, dovevano sopportare ad esclusivo loro peso tutte le spese di apprensione, vendita ed amministrazione, senza che l'eccesso di queste sopra il ricavato fornisse alla Camera verun titolo di privilegio in concorso degli altri creditori; e che nel secondo periodo cumulandosi le rendite a vantaggio comune dei creditori, dovevano tutte le spese di amministrazione essere a carico comune, e quindi all'eccesso di queste spese sopra le rendite, come a debito formato nel concorso, doveasi attribuire il privilegio di prelativa soddisfazione. (1)

Un'altra decisione dello stesso Supremo Consiglio di Modena del 13 febbraio 1830 stabiliva, che le spese sostenute dall'oppignorante per levare i certificati ipotecarj, ed altre occorrenti onde porre in mano della giustizia le sostanze del debitore, se avvenne che, per l'insorgere di altri creditori, si trasformi il giudizio di particolare graduazione in quello di un generale concorso, divengono spese comuni per interesse di tutti i creditori, e quindi non può negarsi per dette spese all'oppignorante stesso il privilegio che l'articolo 2101 del Codice Napoleone accorda alle spese giudiziali. (2)

(1) Collez. cit., tom. 5, pag. 312, dec. n. 1104. R. Intendenza de'beni camerali ec., con Gramigna Stato.

(2) Collez. cit., tom. 4, pag. 17, dec. n. 790. Guvi colla Congregazione di Carità di Mirandola e Facci.

92. Allorchè una eredità viene adita col benefizio dell' Inventario, le spese de' sigilli giudiziarj, se vennero apposti, e quelle dell' inventario sono dall' articolo 810 messe a carico della eredità. L' erede benefiziato secondo l'articolo 803 è incaricato di amministrare i beni ereditarj e deve render conto della sua amministrazione ai creditori ed ai legatarj. Anche le spese del conto sono dal citato articolo 810 messe a carico della eredità. È chiaro, sebbene anche di questo punto siasi voluto far soggetto di questione, che tutte le spese sostenute dall' erede benefiziato per l' interesse della eredità, le quali anche dalla citata L. 22, § 9, C. *De jure delib.*, erano prelevate prima della liquidazione del patrimonio ereditario da distribuirsi ai creditori e legatarj, devono godere del privilegio generale dall' articolo 2101 accordato alle spese giudiziali. Tali spese sono vere spese giudiziali, come quelle che sono una conseguenza della dichiarazione fatta dall' erede avanti il tribunale di volere assumere la qualità di erede col beneficio dell'inventario; e d'altra parte l'erede beneficiato rispetto ai creditori e legatarj della eredità veste la qualità e il carattere, ed ha gli obblighi di un amministratore o curatore giudiziario. Tornano poi anche a vantaggio della massa dei creditori, perchè hanno per iscopo la tutela e difesa e liquidazione di quel patrimonio, il cui prezzo deve servire alla loro soddisfazione, e del quale l' erede benefiziato ha solo diritto di raccogliere il sopravanzo. (1)

93. La regola generale dell' articolo 2101 stabilisce, che le spese giudiziali fatte per l' interesse della massa de' creditori hanno privilegio sulla generalità dei mobili. Ma qualunque volta è questione del grado da assegnarsi a spese giudiziali e del modo di loro pagamento, bisogna por mente alle particolari disposizioni del Codice di Procedura. Se si tratta della distribuzione del prezzo dei mobili del debitore, dispone l' articolo 657 del Codice di Procedura Civile, che l' Uffiziale che avrà eseguita la vendita dovrà dedurre, prima di depositare la somma ricavata, le spese da lui fatte. Quest' articolo è una piena conferma ed applicazione della massima, di cui abbiamo parlato. Perchè in fatti l' Uffiziale, che eseguì la vendita dei mobili, deduce le fatte spese? Perchè tali spese furono fatte appunto per l' interesse di tutti i creditori,

(1) Persil, art. 2101, § 1, n. 6. Troplong, art. 2101, n. 131. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 40.

premendo a tutti i creditori e privilegiati e chirografarj che i mobili del debitore siano venduti, e ne sia il prezzo distribuito. Quando il debitore ed i creditori non convengono tra loro su detta distribuzione nei termini stabiliti dagli articoli 656 e 657, si apre necessariamente un giudizio, col quale viene determinata la sorte dei creditori tanto chirografarj quanto privilegiati. Dispone l'articolo 662 che anche le spese di questo giudizio siano dedotte come privilegiate avanti qualunque altro credito. Quale è la ragione della disposizione di quest' articolo 662? La stessa, onde fu animato l' antecedente articolo 657. I quali articoli del Codice di Procedura Civile 657 e 662 sono, l'uno e l' altro, una evidente conferma del principio, che le spese giudiziali fatte per l'interesse di tutti i creditori devono a tutti i crediti essere preferite.

Quando poi si tratta delle spese occorse per la vendita degli stabili e pel giudizio di graduazione dei creditori aventi privilegio od ipoteca sui medesimi, il Codice di Procedura Civile nel titolo *Del pignoramento degli stabili*, le distingue in *ordinarie* e *straordinarie*. Le spese ordinarie sono messe a carico dell' aggiudicatario dall'articolo 715, il quale dispone, che la sentenza di aggiudicazione non potrà rilasciarsi all' aggiudicatario, se prima egli non presenta al Cancelliere la quietanza delle spese ordinarie del giudizio. Le spese straordinarie vuole l' articolo 716 siano dedotte come privilegiate dal prezzo della vendita degli stabili. Nè solamente queste spese straordinarie, a cui accenna l'articolo 716, vanno prelevate come privilegiate dal prezzo della vendita; ma dal prezzo della vendita degli stabili vanno altresì prelevate come privilegiate quelle di procedura della graduazione, le quali secondo l' articolo 759 vengono graduate prelativamente a tutti gli altri crediti. Questi due articoli, ora citati, 716 e 759, mentre confermano il principio già da noi accennato, che cioè devono essere con privilegio preferite agli altri creditori le spese giudiziali fatte per l' interesse e vantaggio comune, vogliono però d'altra parte che le spese riguardanti la vendita e distribuzione del prezzo degli stabili siano dal prezzo degli stabili stessi prelevate. Ond' è che rispetto alle spese, a cui accennano i citati articoli 716 e 759 del Codice di Procedura, male si invocherebbe la disposizione dell' articolo 2101 del Codice Civile per attribuire alle medesime il privilegio sulla generalità dei mobili.

L'articolo 2101 del Codice Civile, dalla Giurisprudenza interpretato nel modo già detto, quanto alle spese giudiziali, stabilisce una regola generale; ma bisogna combinarne la pratica applicazione colle disposizioni particolari del Codice di Procedura. Io anzi tengo per fermo che, anche lasciate da banda le disposizioni del Codice di Procedura, si debbano le spese giudiziali fatte per l'interesse dei creditori distinguere in tre classi o categorie: 1° le spese giudiziali fatte pel vantaggio della massa intiera dei creditori, per esempio, quelle dell'inventario dei beni, degli atti e decreti necessarj all'apertura di un giudizio di generale concorso, ed altre di simil genere; 2° le spese riguardanti la vendita e distribuzione del prezzo dei beni mobili; 3° finalmente le spese riguardanti la vendita e distribuzione del prezzo dei beni immobili del debitore. Il privilegio generale dell'articolo 2101 non può essere applicabile che alle spese della prima categoria. Imperocchè un privilegio, che colpisce la generalità dei beni mobili, e in sussidio anche dei beni immobili giusta l'articolo 2104, non può competere che a quelle spese giudiziali, le quali tornano a vantaggio dell'intiera massa dei creditori, e privilegiati, e chirografarj, ed ipotecarj. Al contrario le spese, che si riferiscono alla vendita e distribuzione del prezzo dei beni mobili o dei beni immobili, riguardando una categoria speciale di beni, quella cioè dei mobili o quella degli immobili, e l'interesse in conseguenza dei soli creditori, che sul prezzo dei medesimi concorrono, è giusto ed equo siano esclusivamente con privilegio prelevate dal prezzo dei beni della rispettiva categoria. (1)

94. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ripete nell'articolo 1970 la disposizione dell'articolo 2101 del Codice Napoleone, accordando in primo luogo il privilegio sopra la generalità de' mobili alle spese di giustizia. Il Codice di Parma nell'articolo 2129 ripete esso pure la disposizione dell'articolo 2101 del Codice Napoleone, ed attribuisce il privilegio sopra la generalità de' mobili alle spese di giustizia; ma convertendo in legge l'interpretazione data dalla Giurisprudenza al titolo privilegiato delle spese di giustizia dichiara inoltre nell'articolo 2130, che le spese di giustizia sono quelle di pignoramenti, di sequestri, di custodia, vendita e simili, fatte per l'interesse comune de' creditori; e che quelle.

(1) Troplong, art. 2101, n. 131.

che ogni creditore fa pel proprio credito, sono considerate un accessorio del credito stesso.

95. Anche il Codice del Regno di Sardegna ripete nell'articolo 2156 la disposizione dell'articolo 2101 del Codice Napoleone; ma quanto alle *spese di giustizia,* a cui in primo luogo accorda il privilegio sopra la generalità dei mobili, dichiara essere quelle di sigilli, inventario, ed ogni altra fatta per l'interesse comune dei creditori.

96. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* accorda nell'articolo 9 un privilegio generale sui beni immobili e mobili al credito di spese giudiciali; e nell'articolo 10 dichiara, che vengono sotto la denominazione di *spese giudiciali,* quelle che per interesse comune dei creditori servono per l'apposizione e remozione dei sigilli, per l'inventario legale, per i pignoramenti, per i sequestri, per la custodia, e amministrazione e vendita degli oggetti spettanti al debitore comune, e per la distribuzione del prezzo.

97. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj attribuisce nel § 62 ad alcuni crediti, e in primo luogo alle spese di giustizia, il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, siano mobili, siano immobili, prima che vengano soddisfatti i creditori privilegiati sugli uni o sugli altri. Dichiara poi nel successivo § 63, che *le spese di giustizia* sono quelle d'inventario, di apposizione o remozione dei sigilli, di pignoramenti, di sequestri, di custodia, vendita e simili, fatte per l'interesse comune dei creditori; e che quelle che ogni creditore fa pel proprio credito, non godono il privilegio accordato dal precedente § 62, e sono considerate come un accessorio del credito stesso.

98. Finalmente il Codice di Modena attenendosi strettamente all'articolo 2129 del Codice di Parma, dispone ciò che segue nell'articolo 2123:

« *I crediti privilegiati sopra la generalità de' mobili sono li seguenti:*

1. *Le spese di giustizia,*
2. *Le spese funerali,*
3. *Le spese d'ultima infermità,*
4. *I salarj delle persone di servigio,*
5. *Le somministrazioni di alimenti.* »

E lo stesso Codice aggiunge nel successivo articolo 2124, come

fa il Codice di Parma nell' articolo 2130, la seguente dichiarazione:

« *Le spese di giustizia sono quelle di pignoramento, di sequestri, di custodia, vendita e simili, fatte per l' interesse comune dei creditori.*

» *Quelle poi, che ogni creditore fa pel proprio credito, sono considerate un accessorio del medesimo.* »

Il Codice di Modena di Procedura Civile, publicato il 14 giugno 1852, nel Titolo *Del giudizio di concorso generale dei creditori* stabilisce all'articolo 423, che nella sentenza di classificazione si collocano *in via di prededuzione:* **1.** le spese d' uffizio e quelle dei periti già nominati; **2.** le spese sostenute dagli amministratori, e le spese e competenze del loro procuratore in quanto sieno sostenute in utilità della massa dei creditori; **3.** le spese fatte dai creditori ad istanza dei quali fu aperto il concorso, fino al decreto inclusivamente che ne stabilì l' apertura; **4.** le spese incontrate dal pignorante fino alle seconde citazioni ed affissioni degli avvisi inclusivamente, qualora il concorso si apra nel caso contemplato dall' articolo 896. I calcolatori pertanto nominati dal giudice delegato, che in forza della disposizione dell' articolo 431 dello stesso Codice di Procedura devono presentare agli atti due tabelle, in una delle quali sia specificata ogni singola attività dello stato, e nell' altra, sull' appoggio della sentenza di classificazione, sia dichiarata la serie dei creditori privilegiati, ipotecarj e chirografarj, il montare specifico del credito per capitale, frutti e spese, e proposto il modo della rispettiva loro dimissione sino all' esaurimento dell' attivo liquido; i calcolatori, dissi, dovranno nel proporre il modo di dimissione delle accennate spese, collocate *in via di prededuzione* nella sentenza di classificazione, assegnare alle medesime in pagamento il valore di quelle sostanze, sulle quali hanno esclusivamente diritto le spese di giustizia, a cui gli articoli 2123 e 2140 del Codice Civile Estense accordano privilegio sopra la generalità de' mobili e degli stabili. È chiara la ragione. L' articolo 423 del Codice di Procedura perchè vuole siano collocate *in via di prededuzione* le spese dal medesimo indicate? Perchè trattasi di spese sostenute in utilità della massa dei creditori. È dunque giusto e necessario che dette spese, collocate *in via di prededuzione,* siano soddisfatte col prezzo di quei beni, su cui hanno privilegio le spese di giustizia contemplate nell' articolo 2123 del Codice Civile.

2. *Le spese funerarie.*

99. Onorare le spoglie dei trapassati è debito di natura rispettato da tutti i popoli di ogni tempo e di ogni nazione.

Dal dì che nozze e tribunali ed are
Dier alle umane belve esser pietose
Di sè stesse e d'altrui, toglieano i vivi
All'etere maligno ed alle fere
I miserandi avanzi, che natura
Con veci eterne a sensi altri destina. (1)

Il vecchio Nestore, di cui sempre ottimo uscía il consiglio, propone ai Duci Achei di rimanersi dalla pugna finchè sia fatto il pio trasporto de' valorosi, che lasciarono sul campo la vita:

. . . . Atride e duci Achei,
Questo giorno fatal la vita estinse
Di molti prodi, del cui sangue rossa
Fe' l'aspro Marte la scamandria riva,
E all'Orco ne passâr l'ombre insepolte.
Al nuovo sole le nostr'armi adunque
Si restino tranquille, e noi sul campo
Convenendo, imporrem le salme esangui
Su le carrette, e muli oprando e buoi,
Qui ne faremo il pio trasporto, e al rogo
Le darem lungi dalle navi alquanto,
Onde al nostro tornar nel patrio suolo
Le ceneri portarne ai mesti figli. (2)

E il re Agamennone al Trojano araldo, che esposta una proferta di Paride, con alte grida rifiutata dai Duci Achei, chiedea una tregua, finchè il foco avesse combuste le care spoglie dei morti, risponde:

Quanto agli estinti, di buon grado assento
Che siano incesi; chè non dèssi avaro
Esser di rogo a chi di vita è privo,
Nè porre indugio a consolarne l'ombra
Coll'officio pietoso. (3)

(1) Foscolo, Sepolcri.
(2) Monti, Iliade, lib. 7.
(3) Monti, Iliade, lib. 7.

Primo argomento dell' umana civiltà furono sempre le cure ospitali e affettuose de' funebri blandimenti, onde fassi men duro il sonno della morte a chi diede a' suoi cari l' estremo addio,

. . . . se pia la terra
Che lo raccolse infante e lo nutriva,
Nel suo grembo materno ultimo asilo
Porgendo, sacre le reliquie renda
Dall' insultar de' nembi e dal profano
Piede del vulgo, e serbi un sasso il nome,
E di fiori odorata arbore amica
Le ceneri di molli ombre consoli. (1)

Non è a dire, se i Romani, pei quali i sepolcri erano cosa religiosa, dessero importanza all' uficio pietoso dei funerali. E se il Venosino mostra di avere in non cale il compianto degli amici e l' onor della tomba allora che esclama:

Absint inani funere næniæ,
Luctusque turpes, et querimoniæ:
Compesce clamorem, ac sepulcri
Mitte supervacuos honores:

ciò è perchè profetizzava, non fallace indovino, che una vita immortale era destinata al glorioso suo nome:

Non usitatâ, nec tenui ferar
Pennâ, biformis per liquidum æthera
Vates: neque in terris morabor
Longius, invidiâque major
Urbes relinquam. Non ego pauperum
Sanguis parentum, non ego quem vocas
« Dilecte, » Mæcenas, obibo,
Nec Stygiâ cohibebor undâ.
Iam jam residunt cruribus asperæ
Pelles, et album mutor in alitem
Superne, nascunturque leves
Per digitos humerosque plumæ.
Iam Dædaleo ocyor Icaro,
Visam gementis litora Bosphori,
Syrtesque Gætulas, canorus
Ales, Hyperboreosque campos. (2)

(1) Foscolo, Sepolcri.
(2) Ode 20, lib. 2.

La L. 11, C. *De relig. et sum. fun.*, lasciava anche ai rei di delitto capitale il diritto di sepoltura: « Obnoxios criminum digno supplicio subjectos, sepulturæ tradi non vetamus; » e sebbene dagli Imperatori Romani venissero pene severissime fulminate contro gli eretici; ciò nullameno la L. 9, C. *De hæreticis*, a questi non negava il gius di sepoltura: « Humanum et pium hoc arbitrati, hæreticos permittimus sepeliri legitimis sepulcris. » Volevano le Leggi Romane che tutti gli umani cadaveri fossero sepolti; e la L. 12, § 4, D. *De relig. et sum. fun.*, indica le persone, a cui correva l'obbligo di adempiere a questo pietoso uficio. Ma siccome poteva avvenire che la persona obbligata fallisse a questo sacro dovere, così il Pretore pubblicò il famoso Editto dell'*azione funeratizia* non mai abbastanza lodato, di cui Ulpiano riporta le parole nella L. 12, § 2, D. *De relig. et sum. fun.* « *Quod funeris causa sumtus factus erit, ejus recuperandi nomine, in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo.* » Lo stesso Ulpiano nel succesivo § 3 della citata legge dà la ragione, e loda la equità e giustizia dell'Editto Pretorio: « Hoc Edictum justa ex causa propositum est: ut, qui funeravit, persequatur id quod impendit. Sic enim fieri, ne insepulta corpora jacerent: neve quis de alieno funeretur. » Se un terzo non obbligato sostiene le spese pel funerale di un defunto, è giusto abbia il diritto di ripeterne il rimborso, e però la L. 14, § 3, D. del citato titolo, proclama il principio: « de suo expedit mortuos funerari. » Il Pretore accordando l'azione *funeraria* presumeva che il creditore delle spese avesse contrattato col defunto, e di questa presunzione fa fede il lodato Ulpiano nella L. 1, D. tit. cit. « Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede. » Perciò il credito delle spese funeratizie si aveva per un credito della eredità, anzichè dell'erede, e di questo principio ne porgono prova le leggi 18 e 19, D. cit. tit., le quali considerano le spese fatte pei funerali della moglie defunta come un debito della dote: « Impensa funeris æs alienum dotis est: ideoque etiam dos sentire hoc æs alienum debet. » Il credito delle spese funeratizie nasce certamente dopo la morte del debitore; ma ciò non impedisce, che non si possa considerare come un peso della eredità. Imperocchè Gajo nella L. 7, D. *De reb. auctor. jud. poss.*, ci insegna che « hereditarium æs alienum intelligitur etiam id, de quo cum defuncto agi non potuit. » Ciò è sì vero, che la L. 14, § 2, D. *De*

relig. et sum. fun., mettendo a conflitto il creditore delle spese funeratizie coi legatarj del defunto, dichiara, che non bastando i beni della eredità, il creditore di dette spese avrà diritto di metter mano agli oggetti dal testatore lasciati in legato: « Et si res legatæ sint a testatore, de cujus funere agitur, nec sit unde funeretur; ad eas quoque manum mittere oportet: satius est enim de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi. »

100. L'azione funeraria accordata dal Gius Romano è personale privilegiata. Ciò risulta chiaramente dalla L. 46, D. *De relig. et sum. fun.* « Eis, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit; et privilegium funerarium. » Che il privilegio attribuito all'azione funeraria desse il diritto di prelazione a tutti i crediti chirografarj, sono d'accordo tutti gl' Interpreti del Gius Romano.

Sebbene i privilegi romani, stando nei limiti delle azioni personali, fossero posposti a tutte le ipoteche, è però certo che a questa regola generale si faceva eccezione in favore di alcuni, i quali erano preferiti a tutti i creditori anche ipotecarj, e a quelli persino che aveano ipoteca privilegiata. Nel numero di questi privilegi, a cui tanto di favore era concesso, erano le spese giudiziali, di cui abbiamo discorso, e le spese funeratizie. Quanto però a queste ultime, alcuni Interpreti negano che il privilegio alle medesime accordato possa alle ipoteche, che sono un diritto reale, essere preferito. Il Voet confuta vittoriosamente questi Dottori, della cui opinione parla con disprezzo: « audiendi non sunt, qui prælationem ad chirographarios restringunt creditores, et hypothecariis hoc creditum in funus postponunt. » (1) Io non mi starò a recar gli argomenti, che il Voet adduce a conferma della sua dottrina; mi limiterò a citare alcune leggi, le quali, secondo il mio avviso, dimostrano luminosamente come le spese funeratizie, sebbene fossero un privilegio semplice, a tutti i creditori anche ipotecarj venissero anteposte. La L. 22, C. *De jure deliberandi*, la quale nel § 4 restringe i diritti dei creditori e legatarj di una eredità benefiziata ai soli beni che compongono il patrimonio ereditario, stabilisce nel § 9, che dal valore del detto patrimonio devesi dedurre l'ammontare delle spese funeratizie: « In computatione autem patrimonii damus ei (cioè all'erede benefiziato) licentiam excipere et retinere quidquid in funus expendit. »

(1) Lib. 1, tit. 7, n. 9.

Se le spese funeratizie sono prelevate dal valore del patrimonio ereditario, che deve servire alla soddisfazione di tutti i creditori, tanto chirografarj quanto ipotecarj, è chiaro che le spese funeratizie a tutti i creditori di qualunque ordine e classe sono preferite. Il Gius Romano accorda al locatore di fondi urbani una tacita ipoteca *super invecta et illata* dell'inquilino. Ciò nullameno la L. 14, § 1, D. *De relig. et sum. fun.*, al credito ipotecario del locatore preferisce il credito privilegiato delle spese funeratizie: « Si colonus, vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit: et, si quod superfluum remansit, hoc pro debita pensione teneri. » Finalmente la L. 45, D. *De relig. et sum. fun.*, stabilisce in termini generali ed assoluti, che le spese funeratizie devono sempre precedere qualunque altro credito: « Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint. » Se il credito delle spese funeratizie sempre *ex hereditate deducitur*, se sempre *omne creditum solet præcedere*, non so come possa asserirsi, che è preferito ai soli creditori chirografarj. Mi pare che a ragione il Voet chiami indegni di essere ascoltati i sostenitori di questa opinione. Non vale il dire, che secondo il principio stabilito dalla L. 9, C. *Qui potior. in pignor.*, i creditori che hanno il gius reale di pegno sono preferiti ai privilegi inerenti alle semplici azioni personali. Il Voet non nega la verità di questo principio generale, al quale fanno appunto eccezione per uno speciale favore di legge le spese giudiziali sostenute per l'interesse della intera massa dei creditori e le spese funeratizie. (1) Le Leggi Romane, desiderose che alle ceneri dei defunti non fallisse mai l'uficio pietoso degli onori funebri, non si contentarono di accordare azione a chi senza obbligo e patto ne sosteneva le spese; vollero che queste agli altri crediti primeggiassero.

101. Animati i Compilatori del Codice Napoleone dallo stesso spirito e dagli stessi motivi, onde fu mossa la sapienza del Pretore, accordarono al credito delle spese funeratizie il privilegio generale sui mobili, privilegio che in sussidio, e in difetto di mobili, si esercita altresì, come vedremo, sui beni immobili. E qui non è fuor di proposito l'avvertire, che il Codice Napoleone volle attenersi alla Romana Giurisprudenza, non solo coll'accor-

(1) Lib. 11, tit. 7, n. 9.

dare un privilegio alle spese funeratizie, ma altresì col prescrivere che questo privilegio dovesse principalmente colpire la generalità dei beni mobili, e che perciò col prezzo di questi dovessero le suddette spese essere soddisfatte. Infatti la L. 14, § 6, e la L. 13, D. *De relig. et sum. fun.*, prescrivono, che le spese funeratizie debbano soddisfarsi colle cose mobili, quando il prezzo di queste possa a tal uopo bastare: « Prætor, vel Magistratus municipalis ad funus sumtus decernere debet; si quidem est pecunia in hereditate, ex pecunia; si non est, distrahere debet ea, quæ tempore peritura sunt, quorum retentio onerat hereditatem; si minus, si quid auri argentique fuerit, distrahi, aut pignorari jubebit, ut pecunia expediatur: vel a debitoribus, si facile exigi possit. »

102. Il Codice Napoleone non fissa alcuna somma, entro i limiti della quale debba esercitarsi il privilegio accordato alle spese funeratizie. Sarebbe veramente cosa dura ed iniqua che sotto l'ombra di un privilegio concesso per motivi di umanità e di pubblico interesse potessero consumarsi esorbitanti somme a danno dei legittimi creditori per appagare i capricci o l'ambizione del defunto o della sua famiglia. Ma le Leggi Romane, sempre ispirate da somma equità e giustizia, lasciarono su questo proposito preziosi documenti, i quali suppliscono al silenzio del Codice Napoleone. La L. 14, § 6, D. *De relig. et sum. fun.*, stabilisce le norme, alle quali deve attenersi il Magistrato, allorchè si tratta di fissare la giusta misura di questo credito privilegiato: « Hæc actio, quæ *funeraria* dicitur, ex bono et æquo oritur; continet autem *funeris causa* tantum impensam, non etiam cæterorum sumtuum. *Æquum* autem accipitur ex dignitate ejus, qui funeratus est, ex causa, ex tempore, et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est; deberet enim haberi ratio facultatum ejus, in quem factum est, et ipsius rei, quæ *ultra modum* sine causa consumitur. » Il Magistrato è il solo arbitro competente a fissare con equità e giustizia la quantità del credito delle spese funeratizie; e le norme che devono essere la guida del suo giudizio, date dalla citata L. 14, vengono compendiate dalla L. 12, § 5, D. *De relig. et sum. fun.*, nelle seguenti brevi parole: « sumtus funeris arbitrantur pro facultatibus, vel dignitate defuncti. » E sebbene la L. 1, pr. D.

Si quis omissa causa testam., dica che il Pretore rispetta e difende la volontà dei defunti: « Prætor voluntates defunctorum tuetur; » ciò nullameno la citata L. 14, § 6, D. *De relig. et sum. fun.*, contemplando il caso di spese soverchie e immoderate dal testatore comandate, insegna che in questo caso la volontà del defunto deve aversi in non cale: « Quid ergo si ex voluntate testatoris impensum est? Sciendum est, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur *justam sumtus rationem:* pro modo autem facultatum sumtum fieri. » E come la L. 14, ora citata, riprova l' enormezza delle spese funeratizie, che l' equità del Magistrato deve ridurre entro giusti limiti, proporzionati alla condizione del defunto e alle forze del patrimonio; con uguale imparzialità e giustizia condanna nel § 10 una eccessiva grettezza fino al punto da negare al creditore il diritto di rimborso, quando la picciolezza della somma spesa sia un insulto alla memoria del defunto: « Judicem, qui de ea æquitate cognoscit, interdum sumtum omnino non debere admittere modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet hujus rationem habere, cum contumeliam defuncto fecisse videatur, ita eum funerando. »

103. Il Codice Napoleone accordando il privilegio al credito delle spese funeratizie non fissa nè la quantità, nè la qualità delle spese, alle quali volle attribuire il privilegio. Anche intorno alla qualità delle spese, al silenzio del Codice Napoleone supplisce la sapienza delle Leggi Romane. La L. 14, § 3 e 4, D. *De relig. et sum. fun.*, dice chiaramente quali sono le spese, che di *funeratizie* meritano il nome, e che danno diritto all' azione funeraria: « *Funeris causa sumtus factus* videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit, ut puta si quid impensum est in delationem mortui: sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferetur, funeris causa videri impensum Labeo scribit, quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur. Impensa peregre mortui, quæ facta est, ut corpus perferretur, funeris est, licet nondum humo funeretur. Idemque et si quid ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum factum sit, vel si quid in marmor, vel vestem collocandam. » Questi principj insegnati da Ulpiano nella L. 14, ora citata, vengono ripetuti e confermati nella L. 37, D. dello stesso titolo. « Funeris sumtus accipitur, quidquid corporis cau-

sa, veluti unguentorum, erogatum est, et pretium loci, in quo defunctus humatus est, et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi, et vectura, et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur, consumtum est, funeris impensam esse existimo. » Si può domandare, se cade nella classe delle spese funeratizie privilegiate quella del monumento? Prima di tutto bisogna distinguere tra il vero monumento o sepolcro, e il semplice cenotafio. La differenza tra l'uno e l'altro è indicata dalla L. 42, D. *De relig. et sum. fun.* « *Monumentum* generaliter res est memoriæ causa in posterum prodita, in qua si corpus, vel reliquiæ inferantur, fiet *sepulcrum;* si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriæ causa factum, quod Græci *κενοτάφιον*, id est, *inane sepulcrum* appellant. » Se trattasi dunque del monumento destinato a custodire il cadavere, la spesa del medesimo, quando sia proporzionata alle forze del patrimonio e alla condizione del defunto, cadrà trà quelle, a cui è accordato il privilegio dell'azione funeraria, appunto perchè è fatta pel cadavere. E che anche alla spesa del monumento o sepolcro si estenda il privilegio dell'azione funeraria si raccoglie dal § 1 della citata L. 37, la quale conformemente alle norme prescritte dalla L. 14 vuole che la costruzione del monumento sia fatta senza lusso e senza sontuosità e magnificenza: « *Monumentum* autem sepulcri id esse, Divus Hadrianus rescripsit, quod monumenti, id est, causa muniendi ejus loci factum sit, in quo corpus impositum sit. Itaque si amplum quid ædificari testator jusserit, veluti in circuitum porticationes, eos sumtus funeris causa non esse. » E qui vuolsi pure avvertire, che la L. 14, già citata, § 5, vieta di seppellire insieme col cadavere oggetti e capi di valore, non dovendosi senza bisogno recar danno ai creditori, ai quali il credito delle spese funeratizie è preferito: « Non autem oportet ornamenta cum corporibus condi, nec quid aliud hujusmodi, quod homines simpliciores faciunt. » Quando poi trattasi di cenotafio, nessuna legge ne approva e legittima la spesa, essendo tale maniera di monumenti fatta pel nome e per l'onor del defunto, non per custodirne le ceneri. Ma sia che trattisi della quantità, o della qualità delle spese funeratizie, la L. 3, C. *De relig. et sum. fun.*, ne lascia sempre all'autorità del Magistrato il giudizio arbitrale: « Legatum a defuncto tibi relictum, et quod in funus, vel morbum ejus erogasse te boni viri arbitratu probaveris, Præses provinciæ solvi tibi jubebit. »

La Giurisprudenza Francese anteriormente alla pubblicazione del Codice Napoleone regolava il credito delle spese funeratizie colle norme stabilite dalle Leggi Romane; (1) e nel silenzio dello stesso Codice, il quale accorda il privilegio generale sui mobili alle *spese funerarie* senz' alcuna limitazione, le stesse Leggi Romane saranno la miglior guida a cui dovranno attenersi i Magistrati per moderare e restringere il detto privilegio entro i confini voluti dalla giustizia e dalla equità. (2)

104. Il Voet fa la questione, se le vesti di lutto della vedova e dei servi del defunto possano mettersi nel numero delle spese funeratizie privilegiate, e dice che molti sono d' avviso che anche le dette vesti di lutto devono chiamarsi vere spese *funeratizie* meritevoli del favore del privilegio. Ma egli non ammette siccome giusta la opinione di questi Dottori in modo assoluto, e fa in vece la seguente distinzione. O le leggi del paese stabiliscono che la moglie debba vestire il bruno, a spese del conjuge defunto, e in questo caso le vesti di lutto saranno nel numero delle spese funeratizie privilegiate; o al contrario secondo le leggi o le consuetudini del paese la moglie deve piangere il defunto marito a spese proprie, e allora non si può in alcuna maniera estendere alle vesti di lutto il privilegio delle spese funeratizie. (3)

105. Anche le opinioni dei Giureconsulti Francesi sono su questo punto divise. Il Grenier (4) sostiene, che gli abiti di lutto della vedova non godono il privilegio delle spese funerarie, e si appoggia principalmente alle parole dell' articolo 2101 *les frais funéraires, le spese funerarie*, le quali non possono estendersi al di là di quelle spese, che servono al cadavere del defunto. Il Troplong (5) è della stessa opinione. Al contrario il Persil, fondandosi sulla Giurisprudenza anteriore al Codice Napoleone, pensa che il privilegio accordato dall' articolo 2101 alle spese funeratizie debba estendersi altresì agli abiti di lutto della vedova. (6) Il Duranton, che segue la massima adottata dal Persil,

(1) Pothier, Coutum. d'Orléans, Introduction au tit. 20, chap. 2, § 9, n. 117.

(2) Troplong, art. 2101, n. 135. Persil, art. 2101, § 2, n. 1.

(3) Lib. 11, tit. 7, n. 14.

(4) Traité des Hyp., tom. 2, par. 1, chap. 4, § 1, n. 301.

(5) Art. 2101, n. 136.

(6) Régime Hyp., art. 2101, § 2, n. 4. — Questions sur les Privilèg., chap. 2, § 2.

confutando il Grenier, dice che questi non può appoggiarsi all'articolo 1481, sebbene quest' articolo disponga, che le spese del lutto della moglie sono a carico degli eredi del defunto marito. Quando a quest' articolo ricorresse il Grenier per negare alle spese del lutto della moglie il privilegio delle spese funeratizie, si appoggierebbe certamente a sostegno, non che debole, falso. Imperocchè l' articolo 1481 non vuol già dire, che le spese del lutto della moglie sono a carico personale degli eredi del marito, ma altro non significa se non che le dette spese sono a carico della eredità del marito defunto. Ma a me non pare, che il Grenier si fondi sul detto articolo 1481, mentre non fa che rispondere all'obiezione, che per avventura altri avesse voluto trarre dallo stesso articolo. « *L'art.* 1481 *du Code dit bien,* dice il Grenier, *que le deuil de la femme est aux frais des héritiers du mari; mais on ne peut induire de là que les créanciers du mari doivent les supporter par suite d'un privilège.* » Io non pretendo farmi nè giudice, nè difensore delle ragioni, a cui il Grenier appoggia la sua opinione; ma mi sia lecito il dire francamente, che a me la massima abbracciata dal Grenier e dal Troplong sembra la più giusta e la più conforme alle parole e allo spirito della legge. Le Romane Leggi, che sono il migliore interprete delle parole generali *spese funeratizie* usate dal Codice Napoleone, limitano il privilegio dell' azione funeraria alle sole spese che riguardano il cadavere del defunto, e di ciò fan prova non dubbia i testi già sopra citati. La Legge poi 14, § 6, D. *De relig. et sum. fun.*, nega espressamente il privilegio dell' azione funeraria a tutte quelle spese, che non si riferiscono al funerale: « Hæc actio, quæ *funeraria* dicitur, ... continet funeris causa tantum impensam, non etiam cœterorum sumtuum. » I privilegi non ammettono una larga interpretazione, come confessa lo stesso Duranton, (1) *tout privilège est de droit étroit;* e non può quindi esser lecito estendere il privilegio, che l' articolo 2101 accorda alle spese funerarie, a spese che non sono fatte pei funerali del defunto. Sia pur vero che le spese del lutto della moglie, come prescrive l' articolo 1481, sono a carico dell' eredità del marito; ma dalla disposizione di quest' articolo non segue, che tali spese debbano essere pagate con prelazione all' intiera massa dei creditori della detta eredità. Pianga la vedova il perduto consorte, chè

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 20.

. . . . ognuna spento quell' uom piange, a cui
Vergine si congiunse, e diede infanti; (1)

ma non pretenda piangerlo a spese altrui, non pretenda comparire sulla scena del mondo colle vesti abbrunate, fatte con denari sottratti ai legittimi creditori del marito, ad ostentazione di un dolore, di cui, meglio che il bruno delle vesti, darebbero segno non fallace la mestizia del volto, la dignità del contegno, la solitudine della vita, le lagrime sparse sul muto avello, che racchiude le ceneri dell'estinto. Non può assolutamente supporsi che la legge voglia che il lutto della moglie possa essere cagione di danno e di pianto a qualche povero creditore. Molto meno godranno del privilegio delle spese funerarie gli abiti di lutto delle persone di servizio. Lo stesso Duranton, che accorda al lutto della moglie il privilegio delle spese funerarie, lo nega assolutamente alle spese fatte per gli abiti di lutto dei servitori della famiglia, e perchè *la nécessité de cette dépense n'est pas la même que pour le deuil de la veuve et des enfants;* e perchè, *en définitive, ce sont les créanciers qui en supporteraient le coût, dans le cas d'insuffisance de la succession.* (2) Vestano pure a lutto i ricchi a loro talento l'intera famiglia, coprano di gramaglia le dorate carrozze, facciano nei giorni anche di mestizia e di dolore sfoggio di ricchezza e di lusso. Nessuno vorrà o negarne loro il diritto, o di tali spese rimproverarli. Ma giustizia ed equità non consentono, che si consumi in ispese non necessarie, e che non riguardano i funerali alla salma dovuti del defunto, alcuna parte anche minima di quelle sostanze, che sono destinate alla soddisfazione dei legittimi creditori.

106. Dispone l'articolo 384 del Codice Napoleone, che il padre durante il matrimonio, e, dopo lo scioglimento di esso, il superstite fra i genitori, avrà l'usufrutto dei beni de' suoi figli, finchè essi sian giunti ai diciott'anni compiti, o sino all'emancipazione che potesse aver luogo prima della età dei diciott'anni. Fra i pesi di questo usufrutto il successivo articolo 385 mette gli alimenti, il mantenimento e l'educazione de' figli in proporzione delle loro sostanze, ed inoltre le spese funebri e quelle dell'ultima malattia. Chi pertanto sostenne le spese pei funerali del figlio

(1) Pindemonte, Odissea, lib. 19.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 48.

potrà sui beni del padre usufruttuario reclamare il privilegio, che l'articolo 2101 accorda alle spese funerarie? I principj stabiliti dalle Leggi Romane rendono facile la soluzione di questo dubbio. Ulpiano nella L. 17, D. *De reb. auctor. jud. possid.*, fa in termini generali il seguente quesito: « Quæsitum est, utrum ita demum privilegium habet funeraria, si is, cujus bona veneunt, funeratus sit: an etiam si proponas, alium esse funeratum? » La risposta è la seguente: « Hoc jure utimur, *ut quicumque sit funeratus* (id est, sive is, cujus de bonis agitur, sive quid is debuit, quod reddere eum, si viveret, funeraria actione cogi oporteret): *privilegio locus sit.* » Qui Ulpiano stabilisce un principio generale, di cui nelle Leggi 21 e 31, D. *De relig. et sum. fun.*, vedesi l'applicazione. La L. 31, § 1, infatti contemplando il caso di spese funeratizie fatte per un servo, accorda contra il padrone il privilegio dell'azione funeraria: « Qui *servum* alienum, vel *ancillam* sepelivit, habet adversus dominum funerariam actionem. » L'altra L. 21 fa l'applicazione del detto principio al caso da noi supposto, al caso cioè delle spese sostenute da un terzo pei funerali di un figlio, e concede al creditore il privilegio dell'azione funeraria contro il padre: « In patrem, cujus in potestate fuerit is, cujus funus factum erit, competit funeraria actio, pro dignitate, et facultatibus. »

Il Persil asserisce, che su questo punto non devonsi seguire i principj delle Leggi Romane, e che il privilegio deve limitarsi alle spese funerarie fatte per la persona del debitore. Io non so a quali ragioni appoggi il Persil la sua opinione, giacchè egli, detto che la Legge Romana accorda il privilegio non solo alle spese funerarie fatte pel debitore, ma altresì a quelle fatte per le persone componenti la famiglia, si limita a soggiugnere: *Nous ne pensons pas qu'on doive suivre sa disposition; il faut, en effet, restreindre le privilège aux frais funéraires faits pour la personne même du débiteur.* (1) A questa opinione io non potrei piegarmi. Il Codice Napoleone, mosso dagli stessi motivi, onde furono animate le Leggi Romane, accorda il privilegio al credito delle spese funerarie; e questo privilegio gravita necessariamente sui beni del debitore di dette spese, essendo i privilegi un accessorio di una obbligazione principale. Siano dunque fatte le spese pei funerali dello stesso debitore, o siano fatte pei figli di lui,

(1) Art. 2101, § 2, n. 2.

nulla rileva. Quel che importa si è, che il privilegio, attribuito dalla legge al credito delle spese funerarie, colpisca i beni della persona obbligata al pagamento di dette spese. Se muore una persona qualunque, chi è il debitore delle spese funeratizie? Il defunto, o sia la sua eredità. Il creditore dunque di dette spese dovrà esercitare il privilegio, inerente al suo credito, sui beni della eredità del defunto. Se muore un figlio, che trovasi nella condizione contemplata dal citato articolo 384, chi è il debitore delle spese funeratizie? Il padre, in forza della chiarissima disposizione dell' articolo 385. Il creditore dunque, il cui credito è per favore di legge privilegiato, eserciterà il suo privilegio sui beni del padre superstite, che è il debitore delle spese funeratizie. *Credito* e *debito* sono idee relative. Se il creditore delle spese funeratizie ha un gius di privilegio sulla generalità dei mobili; il patrimonio del debitore di dette spese deve sopportare il peso del privilegio. E siccome nel caso, di cui è discorso, il debitore delle spese funeratizie è il padre; così i beni di lui rimarranno colpiti dal privilegio competente al creditore, che sostenne le spese pei funerali del figlio. (1) Confesso ch' io non so trovare la ragione, per la quale il Persil crede di poter asserire che su questo punto non hanno a seguirsi i principj del Diritto Romano.

107. La soluzione del caso, di cui abbiamo parlato nell' antecedente numero, ci guida a stabilire colla scorta delle Leggi Romane su qual patrimonio graviti il privilegio delle spese funerarie. La L. 14, § 17, D. *De relig. et sum. fun.*, dichiara che l'azione funeraria privilegiata compete contro il debitore delle spese funeratizie: « Datur hæc actio *adversus eos, ad quos funus* pertinet. » La ragione di questo principio è evidente, e questo stesso è da seguirsi anche secondo la legislazione del Codice Napoleone, perchè tra questa e il Diritto Romano, quanto al credito delle spese funeratizie, la differenza sta in ciò solo, che il privilegio dell'antica azione funeraria era personale, ossia inerente all' azione personale, mentre il privilegio accordato dal Codice Napoleone è reale, ossia radicato salla generalità dei mobili del debitore. Da questo principio discende la immediata conseguenza, che sarà gravato del privilegio generale, attribuito dall' articolo 2101 al credito delle spese funerarie, il patrimonio della persona obbligata al pagamento di dette spese. Tranne alcuni pochi casi spe-

(1) Duranton, tit. 18, n. 50.

ciali contemplati dalla legge, come quello, p. e., di cui abbiamo fatto parola nell' antecedente numero, e tranne il caso di una particolare disposizione del testatore, che addossi a qualche legatario il peso delle spese funeratizie, il pagamento delle medesime è a carico degli eredi o testamentarj o legittimi. Viene ciò dalla L. 12, § 4, D. *De Relig. et sum. fun.*, chiaramente stabilito: « Sin de hac re (cioè delle spese funeratizie) defunctus non cavit, nec ulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit; si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos quosque, suo ordine, quo succedunt. » Se pertanto la eredità del defunto sarà adíta col benefizio dell' inventario, il privilegio delle spese funeratizie colpirà tutti i beni mobili della successione. Che se l' erede adirà l' eredità puramente e semplicemente, allora il detto privilegio graverà tutti i beni mobili della successione e tutti i beni mobili particolari dell' erede, avvenendo in questo caso la confusione dei due patrimonj. Se dal defunto fu caricato del peso dei funerali un qualche legatario, in tal caso il creditore delle spese funeratizie avrà il privilegio e sui beni mobili della eredità e su quelli del legatario. Sui mobili della eredità, perchè *qui propter funus aliquid impendit*, come dice la L. 1, D. *De Relig.* già citata, *cum defuncto contrahere creditur*. Sui mobili del legatario, per essere questi per volere del defunto il debitore delle spese.

108. È fuori di dubbio che per Gius Romano si può cedere ad altri il privilegio dell' azione funeraria, come quello che è accordato non alla persona, ma alla causa del credito. Il Voet (1) anzi insegna, che anche senza bisogno di una espressa cessione il privilegio compete a colui, che somministrò i denari da impiegarsi nelle spese funeratizie: « Neque interesse puto, utrum quis res funeri faciendo necessarias crediderit, an heredi aut alteri funeranti mutuam dederit pecuniam funerandi gratia, si modo nominatim in eum usum credita, ac re ipsa quoque in id erogata doceatur. » L' articolo 2112 del Codice Napoleone, di cui a suo luogo diremo, stabilisce che tutti i cessionarj dei crediti privilegiati esercitano le medesime ragioni dei cedenti. Potrà dunque essere efficacemente ceduto anche il credito privilegiato delle spese funeratizie. Su questo punto tutti sono d' accordo i Giure-

(1) Lib. 11, tit. 7, n. 10.

consulti Francesi, nell'ammettere cioè che il privilegio, di cui parliamo, può essere esercitato da un cessionario.

109. Ma il Troplong dimanda, se un terzo, che ha soddisfatto il creditore delle spese funeratizie con denari proprj, possa pretenderne dal debitore il rimborso con privilegio, sebbene non abbia all'atto del pagamento stipulata alcuna surroga nelle ragioni del creditore; e al quesito risponde colle seguenti parole: « Quoi qu'en dise M. Persil, l'affirmative n'est pas douteuse. Le privilège est accordé à la créance et non à la personne. » (1) Crede inoltre il Troplong di poter trarre un argomento in favore della sua affermativa dall' articolo 593 del Codice di Procedura, il quale dispone, che gli oggetti indicati nell' antecedente articolo 592 *non possono essere pignorati per alcun titolo, nemmeno per credito dello Stato, eccettochè per alimenti somministrati al debitore; per somme dovute a coloro che abbiano fabricato o venduto i detti oggetti, o che abbiano prestato del denaro per comprarli, fabricarli o ripararli.* Quest' articolo del Codice di Procedura, dice il Troplong, accorda una surroga di diritto in favore di colui che ha somministrati i denari per comprare gli alimenti. La surroga di diritto non si dovrà a più forte ragione ammettere a favore di colui che somministrò i denari per le spese funeratizie, il cui credito è dalla legge guardato con più favore che non quello degli alimenti? Il Duranton (2) tiene la stessa opinione.

Il Persil (3) al contrario pensa, che se un terzo, il quale con denari proprj rimborsa i creditori delle spese funeratizie, non ottiene all' atto del pagamento una surroga espressa nelle ragioni degli stessi creditori, il privilegio rimane estinto, e il terzo non ha che l' azione semplice *negotiorum gestorum* per essere dal debitore indennizzato della somma pagata.

Il Troplong per difendere la sua opinione dice, che il privilegio è accordato al credito delle spese funeratizie, e non alla persona del creditore. Ciò è verissimo; ma non è questa una prerogativa del credito delle spese funerarie. Tutti i privilegi sono dal Codice Napoleone accordati ai crediti, e perciò l' articolo 2095 stabilisce, che il privilegio è un diritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore per essere preferito agli altri credi-

(1) Art. 2101, § 2, n. 136 bis.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 51.
(3) Art. 2101, § 2, n. 5.

tori. Quando l'argomento, à cui si appoggia il Troplong, potesse aver forza, allora la opinione di lui dovrebbe estendersi a tutti i privilegi dell' articolo 2101, perchè di tutti si può dire quel che il Troplong dice delle spese funerarie, *le privilège est accordé à la créance et non à la personne.* Infatti l' articolo 2101 stabilisce, che *i crediti privilegiati* sopra la generalità dei mobili sono *le spese giudiziali*, le spese *funerarie, tutte le spese dell' ultima infermità*, *i salarj delle persone di servizio, le somministrazioni di sussistenza.* E tanto più dovrebbe la opinione del Troplong applicarsi a tutti i privilegi dell' articolo 2101, in quanto che tutti appartengono alla stessa categoria. Ammesso una volta un principio, bisogna accettarne tutte le conseguenze che ne derivano. Che anzi non solo la opinione del Troplong dovrebbe estendersi a tutti i privilegi dell'articolo 2101; ma altresì ai privilegi speciali stabiliti dall' articolo 2102; perchè anche di questi si può dire: *le privilège est accordé à la créance et non à la personne;* dichiarando l' articolo 2102, che i *crediti privilegiati* sopra determinati mobili sono *le pigioni ed i fitti degl' immobili, il credito sopra il pegno, le spese fatte per la conservazione della cosa, il prezzo degli effetti mobiliari non pagati, le somministrazioni d' un albergatore, le spese di condotta, i crediti che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarj pubblici.* Nè pure può giovare al Troplong la disposizione del citato articolo 593 del Codice di Procedura, il quale, come avverte saviamente il Persil, (1) lungi dal creare surroghe legali in favore di alcun creditore, non ha altro scopo che di indicare i crediti, in favore dei quali, per eccezione alla regola generale stabilita dall' antecedente articolo 592, possono sequestrarsi gli oggetti non suscettivi di gravame. Come si può dire che un terzo può vantare una surroga legale e reclamare un privilegio, per ciò solo che avendo somministrati denari impiegati nella dimissione di un creditore privilegiato, ha diritto, al pari del creditore dimesso, di sequestrare gli oggetti, che per regola generale non possono gravarsi dagli altri creditori? Dal diritto di sequestro al privilegio non corre l' argomento, e i creditori che dimandano il sequestro non hanno bisogno di avere il privilegio sui mobili sequestrati.

I casi e i modi, in cui si ottiene il subingresso nei privilegi

(1) Art. 2101, § 2, n. 5.

e nelle ipoteche di un creditore, sono determinati dagli articoli 1249, 1250, 1251, nei quali non è fatta alcuna eccezione pel credito delle spese funeratizie. Per qual ragione adunque, e con quale autorità si vorrà dal Giureconsulto creare una eccezione non ammessa dalla legge? Accorda questa al credito delle spese funerarie un privilegio generale sui mobili del debitore; ma quanto alla cessione o surroga del detto privilegio nulla dispone che sia proprio e particolare al medesimo contro le regole generali, alle quali tutti i privilegi sono subordinati. A me pare che il Persil con tutta ragione chiami *errore* l'opinione degl'Interpreti, che pretendono di conservare il privilegio delle spese funerarie al terzo che ne rimborsò il creditore senza ottenere la surroga. Imperocchè l'articolo 1250 in termini chiari, generali ed assoluti dispone, che la surroga deve essere espressa e fatta contemporaneamente al pagamento, quando il creditore riceve da una terza persona la somma che gli è dovuta.

110. Il Codice del Regno delle Due Sicilie accorda nel n° 2° dell'articolo 1970 il privilegio sopra la generalità de'mobili, come fa il Codice Napoleone, alle spese funerali. Ma il Codice di Parma non si limita a dire nell'articolo 2129 che le spese funerali sono nel numero dei crediti privilegiati sopra la generalità de'mobili; e fissando nell'articolo 2131 i limiti, entro i quali il privilegio accordato alle dette spese possa esercitarsi, dichiara, che *le spese funerali sono quelle che secondo il costume, ed entro i limiti della decenza, si fanno pel trasporto e per la sepoltura del cadavere, e per gli uffizj di religione.* La qual disposizione toglie i dubbj, a cui lasciavano luogo le generali espressioni dell'articolo 2101 del Codice Napoleone, e tra gli altri quello intorno alle vesti di lutto della vedova del defunto. Essendo infatti limitato il privilegio alle sole spese che si fanno pel trasporto e per la sepoltura del cadavere, e per gli uffizj di religione, non può a nessuno venire in pensiero di accordare il privilegio alle spese del lutto della vedova.

111. Il Codice del Regno di Sardegna nel n° 2° dell'articolo 2156 mette esso pure tra i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili *le spese funebri, secondo le consuetudini locali;* ma a ciò non si limita. Imperocchè nel n° 4° dello stesso articolo 2156, dopo le spese d'ultima infermità, di cui diremo, aggiunge al numero dei crediti privilegiati sopra la generalità dei

mobili le spese per le vesti indispensabili da lutto della vedova, e gli alimenti necessarj alla medesima nei dieci mesi dalla morte del marito, con che lasci intanto nella massa del patrimonio di esso la dote e le altre ragioni che alla stessa spettassero in forza del contratto di matrimonio. Accorda questo Codice il privilegio sopra la generalità dei mobili al lutto della vedova, ma lo accorda con una espressa disposizione, e, quel che più monta, gli attribuisce un grado diverso da quello che viene assegnato alle spese funebri, essendo queste collocate nel secondo grado dopo le spese di giustizia, e il lutto della vedova nel quarto, dopo le spese di giustizia, le spese funebri, e le spese d'ultima infermità. Tanto è vero, che sotto la denominazione di *spese funebri* non si comprende, come si disse, il lutto della vedova!

112. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj, che nel n° 2° del § 62 colloca le *spese funebri* nel numero di quei crediti, ai quali viene attribuito il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, dichiara nel § 64, che le spese funebri sono quelle che si fanno pel trasporto e per la sepoltura del cadavere, e per gli officj di religione.

113. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche,* il quale accorda nel § 2 dell'articolo 9 un privilegio generale sui beni immobili e mobili al credito delle spese funerarie, dichiara nell'articolo 11, che nelle spese funerarie si comprendono tutte quelle che ai termini delle leggi, e dentro ai limiti della decenza vengono erogate per il trasporto del cadavere, per la inumazione, e per gli uffizj di religione.

114. Finalmente il Codice di Modena, dopo di avere colla disposizione dell'articolo 2123 accordato il privilegio sopra la generalità de' mobili alle spese funerali, attenendosi all'articolo 2131 del Codice di Parma, dichiara nell'articolo 2125: « *Le spese funerali sono quelle, che secondo il costume, ed entro i limiti della decenza, si fanno pel trasporto e per la sepoltura del cadavere, e per gli uffizj di religione.* »

3. *Tutte le spese dell'ultima infermità.*

115. Era questione tra gl'Interpreti del Romano Diritto, se le spese d'ultima infermità del debitore fossero nel numero dei crediti privilegiati. Il Voet, p. e., nega a tali spese ogni privilegio, e dice che *altum de talium prælatione in nostro*

Juris Corpore silentium est. (1) Al contrario il Brunemanno, commentando la L. 4, C. *De petit. hæred.,* afferma in modo assoluto, che le spese d'ultima infermità sono privilegiate non meno che le funeratizie: « Quando quis cogitur hæreditatem petitori restituere, deducit id quod in mortui infirmitatem et funus impendit; hæc enim sunt privilegiata. » I sostenitori di quest'ultima opinione, combattuta dal Voet, si fondano principalmente nella L. 4, C. *De petit. hæred.*, e nella L. 3, C. *De Relig., et sumt. funerum.* Quest'ultima legge non fa parola di privilegio, ma mette le spese d'ultima infermità nella stessa condizione delle funeratizie: « Legatum a defuncto tibi relictum, et *quod in funus vel morbum ejus* erogasse te boni viri arbitratu probaveris, Præses provinciæ solvi tibi jubebit. » È dello stesso tenore la prima delle citate leggi, la quale sebbene taccia del privilegio, accorda però al possessore di una eredità, obbligato alla restituzione, il diritto di compensazione tanto per le spese funeratizie, quanto per quelle della malattia del defunto: « In restituenda hæreditate, compensatio ejus habetur, quod te in mortui infirmitatem, inque sumtum funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris. »

Io non ardirò certamente farmi giudice di questa questione, che divide gl'Interpreti del Diritto Romano; ma è certo che la opinione di quelli, che accordano alle spese d'ultima infermità lo stesso privilegio delle spese funerarie, ottenne più plauso e maggior numero di seguaci, e venne da lunga serie di decisioni di tribunali confermata. Ciò confessa lo stesso Voet, caldo sostenitore della contraria opinione, il quale fa la seguente dichiarazione: « In eam plerique opinionem abierunt, ut parem erogatis in morbum et funus prælationem vindicaverint; et hoc jus etiam in Forum traduxerint, adeo longa passim rerum perpetuo similiter judicatarum serie firmatum probatumque, ut ab eo recedere in respondendo consultum non sit. » (2) È però a notarsi col Voet, che il privilegio, dalla giurisprudenza e dalla consuetudine attribuito alle spese di malattia, era limitato e ristretto a quelle soltanto che erano state fatte per la malattia ultima, della quale morì il debitore: « Dummodo meminerimus, hanc ipsam sententiam, non ratione, sed errore primum, deinde

(1) Lib. 11, tit. 7, n. 15.
(2) Lib. 11, tit. 7, n. 15.

velut consuetudine obtentam, vulgo ad solos referri sumtus in morbum postremum factos, non item in alios, ex quibus ante defunctus ope medica convaluit ac restitutus est. »

116. Il Codice Napoleone, attenendosi a questa giurisprudenza e consuetudine, attribuisce alle spese tutte dell'ultima infermità il privilegio sulla generalità dei mobili. Voleva l'equità, e, dirò anzi, il pubblico interesse, che un tale privilegio fosse accordato. Due sono i fondamenti del sociale edifizio, giustizia e carità. La carità vera, la quale non è soltanto tenera e compassionevole, ma operosa, soccorre ai bisogni de' miseri e de' tribolati, infrange il pane a' famelici, dà bere agli assetati, di vestimento gl' ignudi ricopre, ricetta il pellegrino, agl' infermi porge ajuto e consolazione, gl' infelici solleva generosamente coi benefizj. Senza uffizj di umanità e di beneficenza, niuna congregazione d'uomini può prosperare; ma sarebbe mal saggio il legislatore, se si confidasse nell' umana carità. Imperocchè l' interesse è un idolo sciagurato, a cui si fa sacrifizio di tutti i più nobili affetti; avarizia, *che mai non empie la bramosa voglia,* avarizia di tutti i mali radice, oscura tutto; e l'uomo, che nasce a società, alla compassione, all' amore, dominato dall' idra vorace dell' egoismo spezza i più dolci, i più sacri vincoli, e quella catena di scambievoli bisogni e soccorsi, con che Provvidenza ha legato gli umani. Amore e carità di prossimo, filantropia, fratellanza sono belle parole; ma l'esperienza continua delle umane vicende mostra pur troppo che nel più degli uomini l' interesse smorza ogni scintilla d' amore de' nostri simili, e chi cerca ajuti e conforti nella sventura il più delle volte riman fallito delle sue speranze. Che sarebbe mai della misera umanità travagliata dalle malattie, se i poveri infermi fossero abbandonati alla carità e filantropia altrui! Era necessario che la legge mettesse al sicuro con un privilegio i crediti delle persone, che impiegano l'opera loro alla cura e all' assistenza degli ammalati. Imperocchè senza il favore e la garanzia di un tale privilegio, non rare volte gl' infermi male agiati di beni di fortuna si vedrebbero mancare dei necessarj soccorsi e rimedj, e finire miseramente la vita. Ma a concedere il privilegio, di cui è discorso, non mossero il legislatore motivi soltanto di pubblico interesse; l'equità altresì richiedeva, che si provvedesse alla sicurezza di creditori, i cui crediti vòlti al bene e al ristoro dei morenti sono

meritevoli d' ogni maniera di favori. Qual titolo di credito, dopo le spese funeratizie, può darsi più degno di protezione del credito delle persone, che colla loro arte, colla loro scienza, colla loro assistenza soccorrono alla umanità travagliata dalle malattie, e che in molti casi per salvare la vita altrui a gravi pericoli avventurano la propria? Se le somministrazioni alimentarie sono un credito giustamente favorito dalla legge, molto più sono meritevoli di favore i crediti di coloro, che soccorrono agli infermi che lottano colla morte. Sarebbe dalla pubblica opinione condannato e maladetto quel medico, che aspreggiasse l' agonia di un morente chiedendo il merito della sua assistenza. Era dunque giusto ad un tempo ed equo, che la legge assicurasse il medico con un privilegio generale del pagamento del credito, cui la compassione e la voce della opinione pubblica vietano di esigere prima della morte del debitore. Quale è d'altra parte la causa di questo credito? La necessità. Merita a questo proposito di essere ricordata la L. 8, pr. D. *De pignor. act.*, altra volta citata, la quale accorda al creditore pignoratario il diritto di ripetere coll' azione *pignoratizia contraria* le spese sostenute per la cura del servo ricevuto in pegno, spese cui viene data la denominazione di *necessarie:* « Si necessarias impensas fecerim in servum, aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse: item insulam fulsisse, vel refecisse, et postea deustam esse; nec habere, quod possem retinere. »

117. Le spese d' infermità comprendono, come insegnano tutti i Dottori antichi e moderni, gli onorarj dei medici e chirurgi, le somme dovute ai farmacisti pei medicinali somministrati, le mercedi degli infermieri, e altre di simil genere fatte per la cura ed assistenza dell' infermo. (1) E poichè tra le spese d' ultima infermità devono principalmente aver posto gli onorarj dei medici e dei chirurgi, è mestieri avvertire, che nel numero di questi non hassi a collocare quel gregge d' impostori, che spacciano, ed anche a caro prezzo, al credulo popolo con una sfacciataggine che fa onta alla civiltà dei tempi, menzogne,

(1) Troplong, art. 2101, § 3, n. 137. Persil, art. 2101, § 3, n. 2. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 53.

impiastri, ricette e segreti non senza danno della pubblica salute. Io non oserò dire, se ai medici si possano applicare, come alcuno fece, le belle parole, che il Romano Oratore pronunziava in elogio dei vincitori che donano ai vinti vita e salute; *homines ad Deos nulla re propius accedunt, quam salutem hominibus dando;* (1) ma credo bene che degl' insulti scagliati dall' eloquente Rousseau contro la Medicina, ch' egli chiama *art plus pernicieux aux hommes que tous les maux qu'il prétend guérir*, (2) siano, anzichè i medici, meritevoli gl' impostori, di cui parlo, l' arte de' quali dovrebbe essere dai Governi vietata e punita non meno che quella dei tagliaborse. Anche allora che si tratta della applicazione pratica del privilegio, di cui ragioniamo, accade attenersi alle massime fissate dalla L. 1, D. *De extraordinariis cognitionibus.* Questa legge dopo di avere nel § 1 accordato ai medici gli stessi diritti, quanto all' onorario, che hanno i Professori: « Medicorum quoque eadem causa est, quæ Professorum, nisi quod justior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agunt; » si fa nei successivi §§ 2 e 3 a indicare le persone, cui competono i diritti dei medici: « sed et obstetricem audiant, quæ utique medicinam exhibere videtur. Medicos fortassis quis accipiet etiam eos, qui alicujus partis corporis, vel certi doloris sanitatem pollicentur: ut puta si auricularius, si fistulæ, vel dentium, non tamen si incantavit, si imprecatus est, si (ut vulgari verbo *impostorum* utar) exorcizavit: non sunt ista medicinæ genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum prædicatione adfirment. » È certo che le persone, a cui la citata legge accorda i diritti dei medici, potranno reclamare altresì il privilegio dall' articolo 2101 attribuito alle spese d' ultima infermità. Ma questo privilegio si estende inoltre, come si disse, ai farmacisti, agl' infermieri, e a qualunque altra spesa fatta per la cura e assistenza dell' ammalato.

118. Le spese d' infermità, a qualunque somma ammontino, godranno del privilegio? Di tutto si può abusare e si abusa; e perciò gl' Interpreti del Diritto Francese saviamente distinguono le spese necessarie da quelle che furono fatte per soddisfare ai capricci dell' infermo o della famiglia, essendovi malati che vogliono essere non solo curati, ma lusingati, e, dirò quasi, allettati

(1) Pro Ligario, cap. 12.
(2) Émile, liv. 1.

dai medici, *qui leur donnent,* come dice il Rousseau, *chaque jour le seul plaisir, dont ils soient susceptibles, celui de n'être pas morts.* (1) Alle prime, ossia alle spese necessarie, ed anche alle utili il privilegio non può negarsi, qualunque delle medesime sia la quantità; alle seconde, cioè alle spese capricciose, voluttuose o di lusso, non si potrebbe accordare il privilegio, massime se furono fatte in una misura sproporzionata alla condizione dell'infermo, senza ledere il diritto degli altri creditori, i quali a ragione si richiamerebbero di un danno loro recato senza una giusta causa. (2) La distinzione di spese necessarie, utili, e voluttuose, *necessariæ, utiles, voluptuariæ,* che fa la L. 79, D. *De verbor. signif.,* rispetto alle cose inanimate, distinzione che serve di norma ai Romani Giureconsulti nella decisione delle questioni che si riferiscono al rimborso di spese fatte per la cosa altrui, vuolsi ripetere altresì riguardo alle spese d'ultima infermità; ed io mi credo che il suggerimento dato da Ulpiano nella L. 25, D. *De pignorat. act.,* la quale contempla il caso di spese sostenute dal creditore pignoratario per la istruzione del servo ricevuto in pegno in arti necessarie, sia la più bella norma da seguire nel caso anche del privilegio delle spese d'ultima infermità: « Medie hæc a judice erunt dispicienda: ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. » Del resto la L. 3, C. *De Reliq. et sum. fun.,* altra volta citata, c'insegna che nel tassare la quantità delle spese d'infermità vuolsi stare alla stessa regola, onde si misura il credito delle spese funerarie: « Legatum a defuncto tibi relictum, et quod in funus vel morbum ejus erogasse te *boni viri arbitratu* probaveris, Præses provinciæ solvi tibi jubebit. »

119. L'articolo 2101 accorda il privilegio a tutte le spese *dell'ultima infermità.* È chiaro che con queste parole *dell'ultima infermità* ha voluto il legislatore concedere il privilegio alle spese fatte per la malattia, della quale fu vittima il debitore. Le spese fatte per una malattia, della quale l'infermo guarì, possono ripetersi coll'azione personale entro il termine fissato alla prescrizione, ma non godono del privilegio. Quando l'ammalato fu ridonato allo stato di salute, cessa quella ragione di necessità, onde fu mossa l'equità del legislatore ad accordare il privilegio.

(1) Émile, liv. 1.

(2) Persil, art. 2101, § 3, n. 1. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 54.

120. Che se l'infermo durante la malattia fallisce, è opinione comune dei Dottori competere anche in questo caso il privilegio alle spese della infermità, onde il fallito trovasi oppresso. È chiara la ragione. Il fallito si considera morto civilmente, e quanto ai creditori, la loro condizione è la stessa si nel caso di morte naturale, come di fallimento. Come i creditori delle spese dell'ultima infermità, della quale l'ammalato morì, sono costretti per una necessità indipendente dalla loro volontà e non imputabile a loro negligenza ripeterle nel giudizio di concorso che si apre dopo la morte del debitore; per la stessa ragione, verificandosi il fallimento durante lo stato di malattia, i medici, e le altre persone che assistono all'ammalato, si trovano senza lor colpa nella necessità di domandare il pagamento dei loro crediti nel giudizio di concorso, che viene aperto dopo la dichiarazione del fallimento. Nè con questa interpretazione si estende il privilegio oltre i limiti voluti dal legislatore. Imperocchè l'articolo 2101, limitandosi a dire *le spese dell' ultima infermità,* abbraccia con queste espressioni le spese della malattia ultima, che chiude, rispetto ai creditori, la vita o naturale o civile del loro debitore. (1)

Il Duranton spinge più oltre la sua opinione, e pensa che il privilegio debba competere non solo alle spese della malattia, da cui il fallito è travagliato all'epoca dell'apertura del fallimento, ma altresì alle spese della malattia ultima anteriore al fallimento, già perfettamente guarita. Con quale giustizia, dice il Duranton, il medico che ha guarito il fallito dell'ultima malattia anteriore al fallimento, dovrà essere in peggior condizione del medico che lo cura di una malattia che dura ancora all'atto dell'apertura del fallimento? Il Troplong è di contrario avviso, e nega il privilegio alle spese di una malattia, sebbene ultima, che all'epoca dell'apertura del fallimento era già guarita, quand'anche lo stato di convalescenza non fosse cessato. Quando il malato era guarito, o in istato di convalescenza all'atto dell'apertura del fallimento, i creditori delle spese della malattia, dice il Troplong, devono imputare a sè stessi di non essersi data la premura di farsi pagare. Io non posso adattarmi nè all'opinione del Duranton, nè a quella del Troplong. Non a quella del Duranton, per-

(1) Troplong, art. 2101, n. 137. Grenier, vol. 2, n. 302. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 54. Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1842, pag. 1208, par. 2, Sentenza del Trib. di 1ª Istanza di Livorno del 15 feb.

chè quando la malattia ultima era perfettamente guarita all'atto dell'apertura del fallimento, cessa per i medici e per gli altri creditori dello stesso titolo quella necessità, che mosse il legislatore ad accordare il privilegio alle spese dell' ultima infermità. Al contrario quando il fallimento si apre durante la malattia dell'oberato, allora i medici e gli altri creditori della stessa categoria sono nella medesima condizione, in cui si trovano i creditori delle spese della malattia che tolse ai vivi il debitore, e non possono essere rimproverati di alcuna negligenza. L'opinione del Duranton dà, secondo il mio modo di vedere, al privilegio, di cui è discorso, una troppo larga estensione oltre i limiti imposti dalle parole e dallo spirito della legge, in onta al principio dallo stesso Duranton ammesso, che vieta nella materia dei privilegi ogni interpretazione estensiva. Ma nè pure potrei adattarmi all'opinione del Troplong, il quale si attiene in questo caso ad un eccessivo rigore. La convalescenza non è che lo stato di chi va uscendo da una malattia, uno stato, dirò così, intermedio tra la malattia e la guarigione, durante il quale non tutti i pericoli sono cessati per l'ammalato, il quale non può ancora tornare agli uffizj, esercizj, ed occupazioni della sua vita. Sarebbe una durezza veramente insopportabile, per non dire inumana, il pretendere che il medico si faccia pagare de' suoi onorarj dall'ammalato durante lo stato di convalescenza, e non so con qual fronte i creditori del fallito potrebbero accusare di negligenza i creditori delle spese della malattia per non avere costretto l'ammalato, appena vinta l'asprezza del male, al pagamento dei loro crediti. Io per me tengo, che aprendosi il fallimento ed il giudizio di concorso durante lo stato di malattia od anche di convalescenza del fallito, i creditori delle spese di quest' ultima infermità potranno con tutto il diritto invocare il privilegio accordato dall'articolo 2101; e che al contrario, aprendosi il fallimento dopo che la malattia ultima anteriore al medesimo era interamente cessata, e l'infermo dallo stato di convalescenza era già tornato a perfetta sanità e agli uffizj della vita primiera, i creditori delle spese di quest' ultima malattia non potranno aver diritto ad alcun privilegio.

121. Dimandano gl' Interpreti, se quando trattasi di malattia cronica, che può durare più anni, saranno privilegiate le spese di tutto il lungo periodo della sua durata. Il Duran-

ton (1) sostiene, che il privilegio deve competere per tutto ciò che non è prescritto, giusta le disposizioni degli articoli 2272 e 2274. Dispone il primo dei citati articoli, che le azioni dei medici, chirurgi, e speziali per le loro visite, operazioni e medicinali si prescrivono col decorso di un anno; e l' altro articolo 2274 dichiara, che la prescrizione ha luogo, quantunque siavi stata continuazione di somministrazioni, di servigi e di lavori. Parrebbe dunque che il Duranton limitasse il privilegio all' ultimo anno della malattia. È però da avvertirsi, che la seconda parte del citato articolo 2274 dispone, che la prescrizione cessa di decorrere quando siavi stato un conto approvato, una scrittura od obbligazione, o una citazione giudiziale non perenta. Ammessa pertanto la opinione del Duranton, che accorda il privilegio a tutto ciò che non è prescritto, i creditori delle spese della malattia cronica, i quali uniformandosi alla disposizione del citato articolo 2274 avessero prima della scadenza di ciascun anno impedita la prescrizione dei loro crediti, potrebbero con diritto pretendere il privilegio per somme da molti anni dovute, ed anche per tutto il lungo periodo della malattia cronica sino al giorno, in cui l' infermo passò di questa vita. A me pare più conforme allo spirito ed anche alle parole della legge, la quale accorda il privilegio alle sole spese *dell' ultima infermità*, l' opinione del Persil, il quale (2) insegna, che nel caso di malattia cronica debbasi il privilegio limitare alle spese dell' ultimo periodo, dal quale cominciò il male ad incrudire, e ad aggravarsi lo stato del povero infermo. Quest' ultimo periodo si può giustamente considerare come l' ultima malattia, che trasse l' infermo al sepolcro.

122. Si dimanda da alcuni Interpreti, se le somministrazioni di alimenti fatte all' infermo godano dello stesso privilegio accordato alle spese della infermità. Ma a questo quesito risponde il n.° 5° dell' articolo 2101, che accorda alle somministrazioni di sussistenza un privilegio particolare e distinto, da esercitarsi sopra la generalità dei mobili, ma in un grado inferiore a quello delle spese della malattia. (3)

123. Dice espressamente la legge, che tutte le spese dell' ultima infermità godono del privilegio sulla generalità dei mobili

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 54.
(2) Art. 2101, § 3, n. 4.
(3) Persil, art. 2101, § 3, n. 3.

in proporzione eguale fra quelli cui sono dovute. Quand' anche quest' ultima dichiarazione fosse stata omessa, i creditori delle spese della malattia avrebbero nullameno esercitato il privilegio in proporzione eguale, giusta la massima fissata dall'articolo 2097, il quale stabilisce, che i creditori privilegiati che sono nel medesimo grado sono pagati *in proporzione eguale.*

124. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ripete la disposizione del Codice Napoleone, della quale abbiamo parlato sinora, accordando nel n° 3° dell'articolo 1970 il privilegio generale sopra la generalità de' mobili a tutte le spese dell' ultima infermità, in proporzione eguale fra quelli cui sono dovute.

125. Il Codice di Parma non si contenta di stabilire nell' articolo 2129, che le spese di ultima infermità sono privilegiate soprà la generalità de' mobili; ma nell' articolo 2132 dichiara, che *spese di ultima infermità s' intendono quelle del medico, del chirurgo, dello speziale, e del servigio alla persona del malato.* Con questa dichiarazione viene ben determinata la categoria delle spese a cui è attribuito il privilegio, e resta pur tolta la questione che si fa, come si disse, da alcuni Interpreti del Diritto Francese, se tra le spese dell' ultima infermità cadano altresì le somministrazioni di sostanze alimentarie fatte all' infermo. Essendo limitato il privilegio alle spese del medico, del chirurgo, dello speziale, e del servizio alla persona del malato, all' accennata questione non rimane più luogo. Alla indicata dichiarazione non si limita il Codice di Parma, perchè nella seconda parte del citato articolo 2132 ha pur voluto togliere l' altro dubbio, di cui abbiamo parlato, riguardante le malattie croniche, disponendo, che nel caso di malattie croniche non si mettono in conto delle spese di ultima infermità *se non quelle dell' anno precedente alla morte.* Savissima disposizione, che con una regola certa ed invariabile empie il vuoto lasciato su questo punto dall' articolo 2101 del Codice Napoleone!

126. Anche il Codice del Regno di Sardegna colloca nel n° 3° dell' articolo 2156 nel numero dei crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili le spese d' ultima infermità, *con che in niun caso si estendano ad un tempo anteriore di un anno al giorno del decesso.* Colla quale dichiarazione *con che in niun caso* ecc. resta tolto ogni dubbio intorno alle malattie croniche e a qualunque altra malattia di lunga durata.

127. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj fra i crediti contemplati dal § 62, ai quali è attribuito il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, mette in 3° luogo le spese di ultima infermità; e nel § 65 dichiara, che sono spese di ultima infermità quelle del medico, del chirurgo, dello speziale, e del servizio della persona del malato, e che nel caso di malattie croniche, il privilegio compete per le sole spese del bimestre anteriore alla morte.

128. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipotechc* colloca nell' articolo 9 n° 3° le spese di ultima malattia tra i crediti che godono di un privilegio generale sui beni immobili e mobili; e dichiara nell' articolo 12, che spese di ultima malattia si considerano tutte quelle occorse per gli alimenti e l' assistenza all' infermo, per il medico, il chirurgo, e i medicinali, durante la malattia che lo ha condotto a morte, e per gli ultimi sei mesi della medesima. La legge Toscana non fa differenza tra le malattie croniche e non croniche, e in questo s' accorda col Codice di Sardegna; ma da questo Codice differisce quanto al tempo, il quale secondo la legge Toscana è limitato ai sei ultimi mesi della malattia qualunque che condusse a morte l' infermo, e secondo il Codice di Sardegna può estendersi ad un anno intiero. Ma dai Codici or ora nominati differisce la Legge Toscana in questo, che mette tra le spese d' ultima infermità anche le spese occorse *per gli alimenti* all' infermo, le quali dagli altri sono escluse.

129. Finalmente il Codice di Modena nella categoria dei crediti privilegiati sopra la generalità de' mobili pone nell' articolo 2123 n° 3° le spese d' ultima infermità; e attenendosi rigorosamente alla disposizione dell' articolo 2132 del Codice di Parma, dichiara nell' articolo 2126 ciò che segue:

« *Spese di ultima infermità s' intendono quelle del medico, del chirurgo, dello speziale, e del servigio alla persona del malato.*

Nel caso di malattie croniche, non si mettono in tal conto se non se quelle dell' anno precedente alla morte. »

4. *I salarj delle persone di servizio.*

130. Sebbene per Diritto Romano i salarj delle persone di servizio non fossero tra i crediti privilegiati, afferma il Voet, (1)

(1) Lib. 20, tit. 4, n. 36.

che in alcuni paesi anche a questo titolo si accordava il favore del privilegio: « Sed et famuli ac ancillæ plerisque in locis præter Jus Romanum privilegium habent ratione mercedis, si eo tempore, quo dominus moritur aut foro cedit, eidem cohabitent, nec mercedis jam debitæ usuras pacti sint. » La Legge Ipotecaria Francese del dì 11 brumaio, anno 7, concedeva ai domestici il privilegio nei seguenti termini: *Pour une année d'arrérages, et ce qu'il y a d'échu pour l'année courante des domestiques.* L'articolo 2101 del Codice Napoleone tra i crediti privilegiati sopra la generalità de' mobili colloca in quarto luogo, dopo le spese dell'ultima infermità, *i salarj delle persone di servizio.*

131. È gran disputa tra gl' Interpreti del Diritto Francese intorno al significato delle parole usate dall' articolo 2101 *persone di servizio, gens de service;* e questo punto di questione è della massima importanza, perchè la maggiore o minore estensione del privilegio, di cui ora parliamo, dipende appunto dal senso che alle dette parole viene attribuito. Il Duranton (1) confronta i termini della Legge 11 brumaio con quelli dell' articolo 2101 del Codice Napoleone, e dice che sebbene ogni domestico sia una persona di servizio, non ogni persona di servizio è un domestico, essendo persona di servizio chiunque obbliga l' opera propria per qualsiasi titolo al servizio altrui. *Celui,* dice il Duranton, *qui loue ses services, est un homme de service, et l'on peut louer ses services à tout autre titre qu'à celui de domestique.* Conclude pertanto il lodato Giureconsulto che il privilegio dall' articolo 2101 concesso alle persone di servizio non deve limitarsi ai soli domestici, ai quali restringevasi il privilegio accordato dalla citata Legge 11 brumaio, ma vuolsi estendere a chiunque obbligò l'opera propria, a fronte di una fissa mercede, al servizio altrui, qualunque sia la qualità e natura dell' opera locata. Questa opinione trova un appoggio in una decisione della Corte di Metz del 4 maggio 1820, la quale accordò il privilegio ad un Commesso di una Casa di Commercio. Il Troplong (2) professa questa stessa opinione, e sostiene che le parole *persone di servizio* hanno un significato assai più largo ed esteso che la parola *domestici* usata dalla Legge di brumaio. Il Persil pensa, che l' articolo 2101 accorda il privilegio alle stesse persone, a cui lo attribuiva la Legge di brumaio,

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 58.
(2) Art. 2101, § 4, n. 142.

e che le espressioni *persone di servizio* comprendono le sole persone stipendiate ad anno, che coabitano col padrone. (1) Lodando il Persil una decisione della Corte di Bourges così si esprime: « Elle ne donne cette qualification de gens de service qu'aux domestiques: elle suit avec raison la loi de brumaire an 7, qui déniait ce privilège de l'article 2101 à tout autre qu'aux domestiques. »

132. A me pare, che senza bisogno di fare alcun confronto tra la Legge di brumaio e l'articolo 2101 debba alle parole *persone di servizio* attribuirsi quel significato che loro ha dato e dà l'uso comune, non potendosi presumere che il legislatore abbia voluto adoperarle in un senso, massime trattandosi della materia delicata dei privilegi, diverso da quello che le stesse hanno dal comune uso ricevuto. Ora quale è il senso universalmente attribuito a queste parole? Forse tutte le persone, che obbligano la propria opera all'altrui servigio col patto di un'annua mercede o stipendio, si chiamano e si tengono in conto di persone di servizio? No certamente. Le parole *persone di servizio* sono sinonime di *servitori*, di *domestici*; di *famigli*, di *servi*, e si adoperano a significare unicamente quella classe di cittadini, che servono le persone e le case, p. e., i cuochi, i camerieri, gli staffieri, i cocchieri, i portinaj e altri di simil genere. Io credo pertanto che le persone di servizio, di cui parla l'articolo 2101, sieno i *domestici stipendiati ad anno* contemplati nell'articolo 2272, le azioni dei quali pel pagamento del salario si prescrivono col decorso di un anno; e che non si debba ammettere la larga interpretazione che danno alle parole *persone di servizio* il Troplong e il Duranton. Indagando la L. 203, D. *De verbor. signif.*, quali siano i servi che il padrone tiene *usu suo*, e se queste parole *usu suo* abbraccino tutti i servi, *quos quisque emisset, ut ipse haberet, atque eis ad aliquam rem uteretur, neque ideo emisset, ut venderet,* dà la seguente spiegazione: « Et sibi videri, eos demum *usus sui causa* patremfamilias habere, qui ad ejus corpus tuendum, atque ipsius cultum præpositi, destinatique essent: quo in genere junctores, cubicularii, coci, ministrátores, atque alii, qui ad ejusmodi usum parati essent, numerarentur. » Questa legge può servire di lume anche alla interpretazione delle parole *persone di servizio* usate dal Codice Napoleone. Imperocchè limi-

(1) Art. 2101, § 4, n. 1, 2.

tando l' uso comune il senso di queste parole a quella classe di cittadini, che prestano servizio alle persone ed alle case, non è lecito adottare una più larga interpretazione, che comprenda in generale qualunque persona che obbliga per qualsiasi titolo e causa la propria opera con stipendio fisso all' altrui servigio. A ragione, a parer mio, il Persil nega il privilegio delle persone di servizio al Commesso di una Casa di Commercio, e giustamente censura la citata decisione della Corte di Metz, chiamandola contraria allo spirito della legge. Anche una decisione toscana del 10 gennajo 1837 accordò ad un Commesso di una Casa di Commercio, come fece la Corte di Metz, il privilegio delle persone di servizio; ma i motivi di questa decisione toscana valgono anzi a confermarmi nella mia opinione, e giustificano la spiegazione da me data alle parole *persone di servizio.* « *Attesochè* (si ponga ben mente al tenore di questo Considerando) *è altrettanto giusto per parità e poziorità di ragione, quanto pacifico oggimai nella Giurisprudenza pratica francese, che il Commesso di una Casa di Commercio, sebbene non rigorosamente domestico, non coabitante, e commensale del suo Principale, si equipara ad una persona di servizio all' effetto favorevole di fargli godere il privilegio accordato ai salarj dei servitori.* » (1) Questa decisione ammette che il privilegio è accordato ai salarj dei servitori, e lo estende al Commesso equiparandolo ad una persona di servizio *all' effetto favorevole di fargli godere il privilegio.* A me pare, che la decisione toscana pecchi contro la regola, che vieta nei privilegi la interpretazione estensiva. Almeno la decisione della Corte di Metz, accordando il privilegio al Commesso, era coerente alla interpretazione da essa data alle parole *persone di servizio;* laddove la decisione toscana ammette, che il privilegio è accordato ai salarj dei servitori, e per poterlo attribuire altresì al Commesso di una Casa di Commercio fa uso di quel genere d' interpretazione, che è assolutamente vietata nella materia dei privilegi. L' uso comune mi è stato di guida nella intelligenza e spiegazione delle parole *persone di servizio*, e sono convinto che alle medesime non possa darsi in alcuna maniera un significato diverso e più largo. Ma ammesso anche che le parole della legge sieno dubbie, io dico che

(1) Tesoro del Fôro Toscano, tom. 41, pag. 19, dec. 4, Borlani e Frullini.

la interpretazione ristrettiva deve prevalere, come quella che è imposta dal principio regolatore della materia dei privilegi, insegnato dallo stesso Troplong: *Les privilèges sont de droit étroit.*

Il Persil (1) pretende, che le persone di servizio, a cui l'articolo 2101 concede il privilegio, debbano abitare nella casa del padrone. Io non posso adottare questa restrizione, perchè la coabitazione del servo col padrone è una circostanza accidentale che nulla influisce nè a cambiare la qualità del servizio, nè la condizione, o classe, a cui il servo appartiene, sia in faccia alla società, sia in faccia allo stesso padrone. Anche l'uso comune, che in questa materia è la norma più sicura, tiene in conto di persone di servizio e chiama con tal nome tutti coloro, che servono la persona e la casa, senza distinguere, se coabitino o no col padrone. Secondo il costume di alcune ricchissime famiglie una parte della numerosa servitù, p. e., i cuochi ed i cocchieri, massime se sono ammogliati, mangia e dorme fuori della casa del padrone. Non sarebbe assolutamente contrario alla volontà del legislatore, che ha voluto favorire la classe delle persone di servizio, il negare il privilegio a quelle, che col padrone non coabitano? Forse la opinione del Persil avrebbe maggior fondamento, se il legislatore avesse usata la parola *domestici*, perchè pare che a questa parola si associ l'idea della coabitazione. Infatti il Merlin alla parola *Domestique* dice: « on appelle ainsi quelqu'un qui reçoit des gages et demeure dans la maison de la personne qui le paie; tels sont les valets, laquais, portiers, ecc. » Ma avendo il legislatore usate le parole *persone di servizio,* a cui non si associa rigorosamente il requisito della coabitazione, come, almeno secondo la opinione del Merlin, all'altra *domestici,* vien meno ogni ragione e pretesto, perchè si possa sostenere che le persone di servizio contemplate dall'articolo 2101 debbano convivere e coabitare nella casa del padrone.

133. Dalla spiegazione data da noi, appoggiati all'uso comune ed alla presunta volontà del legislatore, delle parole *persone di servizio*, si deduce come corollario, che gli operaj ed i giornalieri non possono mai pretendere in nessun caso il privilegio, di cui ragioniamo. Imperocchè gli operaj ed i giorna-

(1) Art. 2101, § 4, n. 2.

lieri sono una classe diversa dalle persone di servizio, colle quali non possono confondersi. Anche nel titolo *Della Prescrizione* gli operaj e giornalieri sono distinti dai domestici, e le azioni dei primi giusta l'articolo 2271 si prescrivono col decorso di mesi sei, e le azioni dei secondi giusta l'articolo 2272 col decorso di un anno. (1)

Il Troplong, il quale dà alle parole *persone di servizio* la larga interpretazione che noi non abbiamo adottata, ammette anch'esso che agli operaj e ai giornalieri non compete il privilegio; ma nega loro questo diritto solo perchè non sono stipendiati e pagati ad anno: « Cette condition (la condizione cioè del salario o stipendio fissato ad anno) est suffisamment indiquée par les termes employés par notre paragraphe. Ainsi donc les journaliers, tels que moissonneurs, métiviers et autres gens de travail qui sont payés à la journée, et dont les salaires se prescrivent par six mois, ne pourraient se prévaloir du privilège général dont parle l'article 2101. » Se pertanto un capo di bottega pagherà i suoi lavoranti ad anno con stipendio fisso, e non in proporzione del lavoro, questi lavoranti avrebbero diritto secondo la opinione del Troplong al privilegio. Infatti il Troplong nel caso deciso dalla Corte di Rouen, che avea accordato il privilegio delle persone di servizio ad un individuo addetto ad una Casa di Commercio per trasportare colla carriuola le mercanzie, confessa che a prima giunta gli fece sorpresa la severità della Corte di Cassazione, la quale annullò con sentenza 10 febbraio 1829 il decreto della Corte di Rouen; e che si riebbe della sorpesa, e trovò giusta la decisione della Corte di Cassazione, dopo avere bene esaminate le circostanze del fatto, e verificato, che si trattava di un individuo pagato in proporzione dei trasporti che eseguiva. (2) Ecco a quali conseguenze conduce la larga ed estensiva interpretazione data dal Troplong alle parole *persone di servizio.* Al contrario il senso da noi attribuito alle stesse parole mette una barriera di separazione tra le persone di servizio e gli operaj. Per noi gli uni e le altre sono due classi distinte, e il privilegio accordato dall'articolo 2101 alle persone di servizio non può mai estendersi

(1) Persil, art. 2101, § 4, n. 1 e 2.
(2) Art. 2101, § 4, n. 142.

agli operaj, quand' anche questi fossero pagati ad anno con stipendio fisso, e quand' anche coabitassero nella casa del padrone, per conto del quale lavorano. Una decisione della Corte di Cassazione di Firenze del 2 marzo 1841, la quale negò ai facchini delle Dogane il privilegio competente alle persone di servizio, si fondò principalmente nel motivo che i facchini non ricevono dai mercanti un salario fisso a ragione di tempo, ma una mercede da determinarsi secondo le veglianti tariffe in proporzione delle opere da loro prestate volta per volta. (1) Io penso che quand'anche i facchini delle Dogane dai mercanti ricevessero un salario fisso ad anno, non potrebbero mai pretendere il privilegio, di cui si ragiona, competente solo alle persone di servizio, ossia ai domestici ed ai servitori.

134. Ci resta da esaminare, se il salario delle persone di servizio contemplate dall' articolo 2101 debba sempre essere fissato ad anno, perchè il privilegio competa, o possa anche essere fissato a mese. Al Troplong sembra, che l' articolo 2101 faccia dipendere il privilegio dalla condizione, che il salario sia fissato ad anno; e sebbene egli dia, come fa anche il Duranton, alle parole *persone di servizio* la larga estensione, di cui abbiamo parlato; nullameno egli critica la decisione, sopra citata, della Corte di Metz del 4 maggio 1820, la quale accordò il privilegio delle persone di servizio ad un Commesso di una Casa di Commercio (decisione lodata al contrario dal Duranton), e ciò perchè lo stipendio del Commesso era fissato a mese e non ad anno. *Il est certain*, dice il Troplong accennando alla detta decisione, *qu'on ne doit pas étendre à une pareille créance le privilège de l'article* 2101, *n° 4; car il n'est attribué qu'à l'engagement formé à l'année. Les privilèges sont de droit étroit: il y a du péril dans les analogies en pareille matière.* (2) Confesso che a me fa non poca meraviglia, che il Troplong per negare il privilegio ad un individuo salariato a mese, invochi il principio, che i privilegi sono di stretto diritto; e che, non ostante questo principio da lui più volte ripetuto, abbia poi, quando si è trattato della interpretazione delle parole *persone di servizio,* potuto dire: *Je ne fais pas difficulté d'appliquer notre article, non seulement aux domestiques et gens attachés à la personne,*

(1) Annali di Giurisprudenza Toscana, Anno 1841, p. 1, pag. 141.
(2) Art. 2101, § 4, n. 142.

mais encore aux commis, secrétaires, agens, qui, moyennant un traitement fixe à l'année, font tourner la totalité de leur travail au profit de celui qui les paie. (1) Il Duranton su questo punto è di parere contrario al Troplong, e sostiene che le persone di servizio, quand'anche siano stipendiate a mese, godono del privilegio al pari delle persone di servizio stipendiate ad anno, perchè l'articolo 2101, n° 4, accorda semplicemente il privilegio alle persone di servizio senza alcuna dichiarazione o condizione relativamente alla durata della locazione del servizio, e perchè essendo accordato il privilegio per l'anno scaduto e per l'anno corrente, a più forte ragione deve competere per un tempo minore, quando la persona di servizio sia stipendiata non ad anno, ma a mese. (2)

Tra le due opposte opinioni del Troplong e del Duranton, io non esito ad abbracciare quella del Duranton. I giornalieri e gli operaj, come si disse, sono esclusi dal privilegio, di cui ora si parla, perchè non appartengono alla classe delle persone di servizio, a cui il privilegio è limitato. Ma l'articolo 2101, § 4, sebbene voglia un salario fisso, e la qualità nel creditore di persona di servizio, punto non richiede che il salario sia convenuto ad anno. Perchè il legislatore fissa col detto articolo la maggior quantità di salarj, che si possa con privilegio ripetere, non per questo è lecito il dedurre, che il salario debba essere rigorosamente ad anno. Se un domestico si alloga in una casa per sei mesi, ed un altro nella stessa casa per un anno nella stessa qualità e cogli stessi oneri, al primo si negherà il privilegio, e si concederà al secondo, solo perchè quest'ultimo fece il contratto per un tempo più lungo? Quando amendue entrano nella casa del padrone in qualità di persone di servizio, quando amendue stipulano un salario fisso da pagarsi nei termini convenuti, l'uno alla fine del semestre, l'altro alla fine dell'anno, non è veramente eguale la condizione dell'uno e dell'altro, e non devono amendue essere con egual favore trattati dalla legge? Il tempo è una modalità accidentale, che non altera nè la natura del servizio, nè la condizione della persona. Il cuoco di una famiglia sia stipendiato ad anno o a mese, la sua condizione è la stessa. Quando il creditore, che pretende il privilegio dell'arti-

(1) Art. 2101, § 4, n. 142.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 59.

colo 2101, è persona di servizio con salario fisso, ha i due requisiti dalla legge voluti; e il termine stabilito al pagamento del salario è circostanza indifferente, che dipende dagli usi dei diversi paesi. Una decisione toscana del 10 gennaio 1837, che conferma questa interpretazione, stabilì che le espressioni dell' articolo 2101 del Codice Napoleone in ciò che suonano *annualità* ed *anno* debbonsi intendere usate dimostrativamente, e non tassativamente, e che il detto articolo deve spiegarsi in guisa che attribuisca il privilegio sulla generalità dei mobili alle persone di servizio indipendentemente dalla circostanza di essere il loro salario fissato ad anno, a mese, o ad altro periodo di tempo. (1) Anche una decisione del Supremo Consiglio di Modena del 30 aprile 1832 (2) stabilì, che trattandosi di persona salariata a mese e non di un semplice giornaliero, viene essa parificata per identità di ragione a quella salariata ad anno, e quindi gode in tutta l' estensione del favore della disposizione dell' articolo 2101 del Codice Italiano, che accorda il privilegio sulla generalità dei mobili ai salarj delle persone di servizio per l' anno scaduto e per l' anno corrente.

135. Il privilegio è accordato ai salarj delle persone di servizio *per l' anno scaduto e per l' anno corrente.* Se un domestico entrò al servizio di una famiglia il 3 gennaio 1852, ed il padrone muore o fallisce nel 30 marzo 1853; il domestico avrà il privilegio per l'anno scaduto dal 3 gennaio 1852 al 3 gennaio 1853, e pel tempo successivo dal 3 gennaio 1853 al giorno della morte o dell' apertura del fallimento, ossia per l' anno corrente. È ben da por mente alle espressioni *per l' anno scaduto.* Il privilegio non è accordato *per un anno scaduto*, ma *per l' anno scaduto.* Le quali espressioni mostrano chiaramente, che l' anno scaduto, a cui è accordato il privilegio, non è un qualunque anno scaduto, ma è l' anno che immediatamente precede quello, in cui succede la morte o il fallimento del padrone. Le azioni dei domestici stipendiati ad anno si prescrivono giusta l' articolo 2272 col decorso di un anno; ma in forza della disposizione dell'articolo 2274 la prescrizione cessa di decorrere quando siavi stato un conto

(1) Tesoro del Fòro Toscano, tom. 41, pag. 19, dec. 4, Boriani e Frullini.

(2) Collez. delle massime di diritto stabilite dal Sup. Cons. di Modena, tom. 5, pag. 45, dec. 943, Vaccari Cavani collo Stato Bonaccini.

approvato, una scrittura od obbligazione, o una citazione giudiziale non perenta. Accadendo pertanto che un domestico reclami un' annata di salario non prescritta, anteriore di due o più anni alla morte o al fallimento del padrone, non potrà invocare il favore del privilegio, come quello che è evidentemente attribuito dal legislatore all' ultima annata, che precede l' anno corrente, ossia l' anno in cui accade la morte o il fallimento del debitore. La legge colle parole *per l' anno scaduto e per l' anno corrente* fa dell' anno scaduto e del corrente un solo e medesimo tratto di tempo, lega cioè l'anno scaduto coll'anno corrente. Pei crediti di salario di data non vicina alla morte o al fallimento del padrone, sebbene il domestico col mezzo dei rimedj suggeritigli dall' articolo 2274 ne abbia impedita la prescrizione, cessa quella ragione di necessità, da cui fu animata la legge ad accordare il privilegio, e il domestico deve imputare a sè stesso di non aver spinto coi mezzi legali il padrone al pagamento. (1)

136. Si può domandare, se il domestico, che vuol far uso del privilegio, debba trovarsi al servizio nel tempo, in cui si apre il concorso. Un domestico, p. e., si acconcia al servizio di una persona nel 2 gennaio 1852, ed esce licenziato della casa del padrone il 2 gennaio 1853. Prima della fine dell' anno 1853 si apre il concorso dei creditori del padrone o morto o fallito. Il domestico, già da pochi mesi uscito dal servizio, potrà con privilegio chiedere il pagamento dei salarj a lui dovuti dell' annata corsa dal 2 gennaio 1852 al 2 gennaio 1853? La legge accorda alle persone di servizio il privilegio per l' annata scaduta, ossia per l' anno che precede la morte o il fallimento, e per l'anno corrente, ossia per l' anno che è in corso all' epoca della morte o del fallimento. Perchè il domestico, che cessò dal servizio, non ha alcun privilegio da esercitare per l'anno corrente, dovrà perdere il privilegio per l' anno scaduto avanti il giudizio di concorso? Ciò non può ammettersi, perchè al credito dell' anno scaduto, che immediatamente precede il concorso, è già per volontà di legge inerente il gius di privilegio. Nè dell' esercizio di questo privilegio possono dolersi gli altri creditori, ai quali anzi giova che il domestico nulla abbia da pretendere per l' anno corrente. Per qual ragione si potrebbe negare al domestico il privilegio

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 60.

per quella stessa annata, per la quale nessuno oserebbe contrastargli il privilegio, quando egli, essendo al servizio all'epoca della morte o del fallimento, in un coll' anno scaduto reclamasse altresì il privilegio per l' anno corrente? (1)

137. È da avvertirsi finalmente, che essendo il privilegio dalla legge accordato ai salarj, qualunque altro credito delle persone di servizio verso il padrone, quand' anche si trattasse di somministrazioni di danari fatte per sovvenire ai bisogni della famiglia, non godrebbe mai il privilegio, di cui si è ragionato. Nè per estendere il privilegio dei salarj ad altri crediti, p. e., a somministrazioni fatte per gravi urgenze e necessità del padrone, varrebbe invocare l' equità. Imperocchè se è regola generale, stabilita dalla L. 1., C. *De legibus*, che sotto pretesto della equità il giureconsulto non può mai arrogarsi le parti del legislatore: « Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem Nobis solis et oportet et licet inspicere; » molto più questa regola deve legare, e, dirò quasi, inceppare il giureconsulto, quando si tratta di privilegi, i quali sono, come più volte si è detto, di stretto diritto, e non soffrono alcuna maniera di larga ed estensiva interpretazione.

138. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nel n° 4° dell'articolo 1970 mette tra i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili i salarj delle persone di servizio per *l'ultimo semestre decorso, e quelli dovuti per la mesata corrente.* Le quali espressioni *per l' ultimo semestre decorso* tolgono ogni appiglio e pretesto al dubbio, a cui possono dar luogo le semplici espressioni del Codice Napoleone *per l' anno scaduto* senza l' aggiunto *ultimo,* e mostrano chiaramente, che il semestre privilegiato è l'ultimo decorso, ossia quello che immediatamente precede il mese, nel quale si verifica la morte o il fallimento.

Il Codice di Parma nell' articolo 2129 accorda il privilegio sopra la generalità de' mobili ai salarj delle persone di servizio, e nell' articolo 2133 dichiara, che i salarj delle persone di servizio sono limitati a quelli dell' anno antecedente all' introduzione del concorso de' creditori.

Il Codice di Sardegna stabilisce nell' articolo 2156 essere privilegiati sopra la generalità dei mobili i salarj dovuti *ai domestici e servitori della famiglia, per un' annata.* Le espressioni

(1) Duranton, l. c., n. 60.

domestici e servitori della famiglia tolgono tutti i dubbj e le incertezze, a cui lasciaron luogo le espressioni *persone di servizio* usate dall' articolo 2101 del Codice Napoleone. Imperocchè sebbene le *persone di servizio* siano appunto i *domestici e servitori della famiglia*, è però certo che a fronte di queste ultime espressioni vien tolto ogni pretesto di estendere il privilegio oltre la classe dei servitori. È pure da notarsi, che accordando il Codice di Sardegna il privilegio *per un' annata*, il domestico può reclamare il privilegio, qualunque sia l' annata non prescritta, quand' anche questa non preceda immediatamente il giudizio di concorso.

La Legge Ipotecaria degli Stati Pontificj tra i crediti, a cui col § 62 è attribuito il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, mette in quarto luogo le mercedi dovute *alle persone di servizio;* e nel § 66 dichiara, che le mercedi delle persone di servizio sono limitate a quelle di un trimestre antecedente alla morte o alla introduzione del concorso dei creditori. La Legge Pontificia non si restringe alla limitazione stabilita col § 66; chè molto saviamente dispone nel § 68, che il privilegio in ogni caso non può estendersi oltre la somma di cinquanta scudi.

Anche il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* accorda nell' articolo 9 il privilegio generale sui beni immobili e mobili ai salarj *delle persone di servizio;* ma limita nell' articolo 13 un tale privilegio a quelli degli ultimi sei mesi.

Finalmente il Codice di Modena nell' articolo 2123 dispone, essere privilegiati sopra la generalità de' mobili *i salarj delle persone di servigio*, e nell' articolo 2127 aggiunge la seguente limitazione: « *I salarj delle persone di servigio sono limitati a quelli di dodici mesi antecedenti alla introduzione del concorso dei creditori.* » Questa limitazione è la stessa che fa anche l' articolo 2133 del Codice di Parma nei seguenti termini: « *I salarj delle persone di servigio sono limitati a quelli dell' anno antecedente all' introduzione del concorso de' creditori.* » Se non che avendo il Codice di Modena detto *a quelli di dodici mesi*, e non *a quelli dell' anno antecedente*, è tolto ogni campo e pretesto al dubbio, già accennato, che si fa dagl' Interpreti del Diritto Francese, se il salario debba essere costituito ad anno, o possa anche essere fissato a mese. Imperocchè le dette espres-

sioni *a quelli di dodici mesi* abbracciano chiaramente sì il caso d' un salario stipulato ad anno, come quello di un salario fissato a mese.

5. *Le somministrazioni di sussistenza.*

139. L' ultimo titolo, a cui l' articolo 2101 accorda il privilegio generale sui mobili, sono *le somministrazioni di sussistenza.* La causa degli alimenti viene dai Forensi parificata alle cause pie, e il Surdi la chiama anzi causa di pubblico interesse: « Non solum alimenta piam causam concernunt, sed etiam publicam utilitatem respicere videntur. » (1) A buon dritto la causa degli alimenti è detta di pubblico interesse, perchè grandemente importa alla società che la gente non muoia di fame, chè

. . . . il famelico stomaco latrante
Gl' inopi a errar, per acchetarlo, sforza,
E que' mali a soffrir, che ad una vita
Povera s' accompagnano, e raminga. (2)

Il celebre Senatusconsulto, di cui parla Ulpiano nella L. 8, D. *De transactionibus*, col quale si tolse ai cittadini la facoltà di far transazioni intorno al credito degli alimenti senza l' autorità del Pretore, *ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Prætore facta*, prova l' importanza che a questo titolo veniva attribuita dalla sapienza dei Romani Legislatori. Imperocchè l' autorità del Pretore non era richiesta come una formalità vana ed inefficace, ma come cautela di garanzia e di protezione, talmente che la citata L. 8 nel § 17 dichiara, che la transazione non è valida, non ostante l' intervento e l' assenso del Pretore, se questi mancando al suo dovere approvò una transazione senza una giusta causa: « Si Prætor aditus, citra causæ cognitionem, transigi permiserit, transactio nullius erit momenti: Prætori enim ea res quærenda commissa est, non negligènda, nec donanda. » La causa, onde fu ánimato il mentovato Senatusconsulto, viene nel § 6 della citata L. 8 chiaramente indicata colle seguenti brevi parole: « Noluit Oratio alimenta per transactionem intercipi. » Non è dunque a maravigliare, se i Compilatori del Codice Napoleone hanno accordato alle somministrazioni degli alimenti un privilegio generale sopra i mobili del debitore.

(1) De Alimentis, tit. 8, priv. 1, n. 18 e 19.
(2) Pindemonte, Odissea, lib. 15.

140. L'alimento, *alimentum,* è propriamente ciò che serve ad alimentare e nutrire il corpo, come insegna il Forcellini, *id quo animantis corpus alitur, et vita sustentatur.* Perciò lo stesso Forcellini sotto la parola *cibarius* non mette fra l'alimento e la cibaria alcuna differenza: *cibaria sunt alimenta, hoc est ea omnia, quibus in cibo animantes utuntur.* Eurimaco, che chiede ad Ulisse, se voglia acconciarsi con lui per servitore, gli offre le seguenti condizioni: (1)

Buona mercede
Tu ne otterresti: cotidiano vitto,
E vestimenti al dosso, e ai piè calzari.

Ecco come il vitto è distinto dalle vesti e da tutto altro che non serve al nutrimento del corpo. Ma nel linguaggio della Romana Giurisprudenza la parola *alimentum* ha un significato più largo ed esteso dell'altro vocabolo *cibaria,* e' ciò confessa sotto la parola *alimentum* il lodato Forcellini. Infatti la L. 6, D. *De alim. vel cib. leg.,* dice chiaramente, che sotto il legato degli alimenti si comprendono non solo la cibaria, ma anche il vestito e persino l'abitazione: « Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest. » Uguale significato largo e generale attribuiscono i Romani Giureconsulti alla parola *victus,* come dalla L. 43, e dalla L. 44, D. *De verbor. signif.,* si raccoglie: « Verbo *victus* continentur quæ esui, potuique cultuique corporis, quæque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem, Labeo ait. Et cætera, quibus tuendi, curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur. » Al contrario la L. 21, D. *De alim. vel cib. leg.,* dichiara, che nè le vesti, nè l'abitazione sono al legatario dovute, quando il testatore al legato si limitò della cibaria: « Diariis vel cibariis relictis, neque habitationem, neque vestiarium, neque calciarium deberi palam est: quoniam de cibo tantum testator sensit. » Non vuolsi però tacere, che anche nel linguaggio dei Romani Giureconsulti il vocabolo *alimento* suona semplicemente *cibaria,* qualunque volta è usato negli atti che ammettono stretta interpretazione. Fa di ciò fede la citata L. 8, D. *De transaction.,* la quale nei §§ 12 e 13 insegna, come la transazione fatta sopra gli ali-

(1) Pindemonte, Odissea, lib. 18.

menti non si estende nè al vestiario nè all'abitazione: « Qui transigit de alimentis, non videbitur neque de habitatione, neque de vestiario transegisse: cum Divus Marcus specialiter etiam de istis transigi voluerit. Sed et si quis de alimentis transegerit, non habebit necesse etiam de habitatione, vel cæteris invitus transigere: poterit igitur vel de omnibus simul, vel de quibusdam facere transactionem. »

141. I Giureconsulti Francesi non danno alla parola *alimens* un significato diverso da quello che alla parola *alimenta* attribuiscono le Leggi Romane. Infatti il Merlin dando la spiegazione della parola *alimens* dice espressamente: « On entend par ce mot la nourriture et les autres choses nécessaires à la vie, comme l'habitation, les vètemens. »

142. L'articolo 2101 nell' accordare il privilegio, di cui parla il nº 5º, non usa la espressione generale *alimenti*, ma invece il vocabolo di più stretto significato *sussistenza, subsistancès*, il quale corrisponde al latino *cibaria*. È quindi a tenersi, che il privilegio per volontà espressa del legislatore è limitato alle somministrazioni soltanto delle cose necessarie al nutrimento e al sostentamento dell'individuo, e non si estende nè alle vestimenta, nè alla abitazione. (1) E quand' anche nell' articolo 2101 si leggesse la parola *alimenti*, anzichè il vocabolo *sussistenza*, porto opinione che anche in questa supposizione il privilegio dovrebbe limitarsi al puro vitto. Imperocchè l'alimento è propriamente, come dice il già citato Forcellini, *id quo animantis corpus alitur, et vita sustentatur*. D' altra parte le Leggi Romane davano alla parola *alimenta* la larga interpretazione, di cui si è detto, quando si trattava di un lascito d' alimenti risultante da atto d' ultima volontà, e in ciò fare erano alla regola stabilita dalla L. 12, D. *De reg. Jur.*, fedeli e coerenti: « In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. » Ma anche il Gius Romano dava alla parola *alimenta* il senso proprio e limitato, quando si trattava d' atti *inter vivos*, e massime di quelli, come già si avvertì, che ammettevano una stretta interpretazione. E siccome i privilegi, come altre volte si è detto, sono di stretto diritto, e domandano una stretta e rigorosa interpretazione, così non potrebbe mai darsi alla parola *alimenti*, quando anche fosse stata adoperata nell' articolo 2101, la larga estensione, che davano alla medesi-

(1) Troplong, art. 2101, § 5, n. 146.

ma le Leggi Romane nel caso di un legato d'alimenti. Del resto se le parole *somministrazioni di sussistenza* comprendessero, come il legato d'alimenti, contemplato dalla L. 6, D. *De alim. vel cib. leg.*, le vesti e l'abitazione, allora la legge non avrebbe avuto bisogno di accordare un privilegio speciale al locatore sopra le cose che servono a mobiliare la casa appigionata. Imperocchè essendo il locatore quegli che somministra all'inquilino l'abitazione, all'interesse dello stesso locatore sarebbe stato largamente provveduto dall'articolo 2101 con un privilegio sopra la generalità dei mobili.

143. Ci faremo ora ad esaminare brevemente le condizioni richieste dalla legge, onde il privilegio competa.

Primieramente è necessario, che chi fa le somministrazioni di sussistenza sia o un venditore al minuto, o un mercante all'ingrosso, o un padrone di locanda. Le somministrazioni fatte da un privato che non appartiene ad alcuna delle dette categorie, non possono godere del privilegio che è evidentemente limitato dalle parole dell'articolo 2101 ai venditori al minuto, ai mercanti all'ingrosso, ai padroni di locanda. Chi esercita una professione, dice il Duranton, è il più delle volte nella necessità di formar crediti, e sono perciò degni di tutto il favore i venditori al minuto, i mercanti all'ingrosso, ed i padroni di locanda che somministrarono ad una famiglia cose necessarie a campare la vita; laddove i privati, che fornirono oggetti di sussistenza, devono imputare a sè stessi di avere volontariamente dato a credenza, e devono correre la sorte comune degli altri creditori. (1) Ma quale è il significato delle parole *padroni di locanda?* Il testo del Codice Francese ci servirà a spiegare il senso dal legislatore attribuito alle dette parole *padroni di locanda*. Il Codice Francese nel n° 5 dell'articolo 2101 si esprime nei seguenti termini: *pendant la dernière année, par les maîtres de pension et marchands en gros*. Ora la parola *pension* tra gli altri significati esprime *le lieu où l'on est nourri et logé pour un certain prix*, e così *tenir en pension* significa *tenere a dozzina*. Risulta pertanto chiaramente dal confronto del testo francese col testo italiano, che la parola *locanda* è usata ad esprimere l'idea significata dalla parola francese *pension*. Le parole dunque *padroni di*

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 65. Persil, art. 2101, § 5, n. 1. Troplong, art. 2101, § 5, n. 147 bis.

locanda hanno il significato e valore delle parole che si leggono nel testo francese, *maîtres de pension*, e accennano a coloro che tengono a dozzina. Sarebbe pertanto errore il credere, che le parole *padroni di locanda* potessero applicarsi agli osti ed ai trattori. Gli osti e trattori hanno il privilegio come venditori al minuto e per le sole somministrazioni fatte negli ultimi sei mesi. Al contrario i *padroni di locanda*, ai quali corrispondono i *maîtres de pension*, ossia tutti coloro che tengono a dozzina a fronte di una pensione convenuta ad anno o a mese, hanno come i mercanti all'ingrosso il privilegio per un'intera annata. I *padroni di locanda*, a cui accenna l'articolo 2101, sono propriamente quelli *che tengono pensione od hanno case di convitto*, contemplati nell' articolo 2156, n° 6, del Codice di Sardegna.

144. È necessario in secondo luogo aver riguardo al tempo delle fatte somministrazioni. Imperocchè l'articolo 2101 stabilisce in termini chiari ed assoluti, che hanno privilegio le somministrazioni fatte per li sei ultimi mesi dai venditori al minuto, e per l'ultimo anno dai padroni di locanda e mercanti all' ingrosso. Qui però è da farsi una riflessione. Quando le somministrazioni sono fatte da un mercante, vuolsi più che alle classe o categoria a cui appartiene il somministratore, aver riguardo al modo e alla quantità delle somministrazioni, per giudicare se il mercante possa godere il privilegio per quelle dell'anno, o debba limitarlo a quelle degli ultimi sei mesi. Se un mercante all'ingrosso fa ad una famiglia somministrazioni al minuto, perchè potrà egli approfittare della sua qualità di mercante all'ingrosso per esercitare il privilegio per le somministrazioni di un anno intero, mentre rispetto alla famiglia del debitore è stato un semplice venditore al minuto? E viceversa se un venditore al minuto fa ad una famiglia somministrazioni all' ingrosso di quei generi, che solitamente vende al minuto, perchè non potrà godere del privilegio che hanno i mercanti all'ingrosso per le somministrazioni di un anno? (1) A me pare che la regola insegnata da Ulpiano nella L. 34, D. *De div. reg. Jur.*, sia nei detti casi da seguirsi: « Semper in stipulationibus, et in cæteris contractibus id sequimur, quod actum est. » Imperocchè come il mercante all'ingrosso che fa ad una famiglia somministrazioni al minuto, rispetto a questa famiglia e al modo e alla quantità delle fatte

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 61.

somministrazioni, non è in realtà altro che un venditore al minuto; così il venditore al minuto che fa ad una famiglia somministrazioni all'ingrosso, rispetto a questa e riguardo al modo e alla quantità delle fatte somministrazioni, è in realtà un mercante all'ingrosso.

Gli ultimi sei mesi poi e l'ultimo anno, a cui è limitato il privilegio, sono evidentemente gli ultimi sei mesi e l'ultimo anno, che precedono il fallimento o la morte del debitore. Le somministrazioni fatte nel tempo anteriore, quando anche il creditore, per non incorrere nella prescrizione, abbia usate le cautele indicate nell'articolo 2274, sono crediti ordinarj e chirografarj, e non possono invocare il favore del privilegio.

145. In terzo luogo deve aversi riguardo alla qualità delle fatte somministrazioni. Imperocchè come non tutte le spese funeratizie godono del privilegio, non ostante le generali espressioni dell'articolo 2101, ma quelle soltanto sono privilegiate, le quali furono fatte in una maniera e misura proporzionata alla condizione del defunto e alle forze del patrimonio *boni viri arbitratu*, come dice la L. 3, C. *De relig. et sum. fun.*; per la stessa ragione il privilegio, di cui ora discorriamo, deve limitarsi alle sole somministrazioni di cose necessarie al mantenimento della vita, e (1) non estendersi a somministrazioni di cose destinate a saziare le bramose voglie e l'ingordigia di coloro, che il divino Poeta meritamente condanna

. . . . al terzo cerchio della piova
Eterna, maledetta, fredda e greve.

146. Abbiamo detto quale significato debba attribuirsi alle parole *somministrazioni di sussistenza*, significato che noi restringiamo alla cibaria. Tuttavia il Duranton (2) dimanda, se le somministrazioni delle legna e del carbone godano del privilegio; e conclude, che anche alle cose combustibili si estendono le parole *somministrazioni di sussistenza*, perchè *il est impossible de subsister sans avoir de quoi préparer les aliments.* Io consentirò nella opinione del Duranton, purchè il privilegio si restringa alla sola quantità necessaria all'uso e bisogno della cucina; ma non posso consentire col Duranton, allorchè, parlando delle vesti,

(1) Troplong, art. 2101, n. 146. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 66.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 67.

dice: « Mais, quant aux fournitures de vêtements, il y a beaucoup plus de difficulté, et nous pensons que le privilège n'existe pas pour ces sortes d'objets, à cause de la difficulté d'en régler l'étendue et des nombreux abus que son admission pourrait entraîner. » Io tengo, che alle somministrazioni delle vestimenta non possa estendersi il privilegio accordato a quelle di sussistenza non già *à cause de la difficulté d'en régler l'étendue;* ma perchè le vesti non cadono sotto il significato della parola *sussistenza,* (1) che abbraccia la sola cibaria, e perchè *en cette matière,* come insegna lo stesso Duranton, *tout est de droit étroit.* (2)

147. È fuori di dubbio che tutti coloro, i quali tengono case di convitto, le cui azioni giusta l' articolo 2272 si prescrivono col decorso di un anno, godono del privilegio accordato dall' articolo 2101 ai *padroni di locanda.* Le quali parole *padroni di locanda,* come si disse, significano appunto quelli che tengono a dozzina, nel numero de' quali sono certamente tutti coloro che tengono case di convitto. Ora dagl' Interpreti del Diritto Francese si fa la questione, se i Direttori delle case di convitto per le somministrazioni fatte ai loro convittori d' inchiostro, di libri, penne, carta, e di simili oggetti, abbiano lo stesso privilegio che hanno per la pensione o dozzina. Il Grenier estende anche a tali somministrazioni il privilegio accordato al prezzo della pensione; ma la opinione di lui è giustamente combattuta dal Troplong (3) e dal Duranton. (4) Imperocchè a somministrazioni di simil genere non possono in alcuna maniera tirarsi le parole dell' articolo 2101, che accorda il privilegio alle sole somministrazioni di sussistenza; e d' altra parte alla opinione del Grenier osta il principio, che vieta nella materia dei privilegi ogni estensiva interpretazione. A ragione il Troplong, parlando di questa opinione professata dal Grenier, soggiunge: *ce qui me paraît contradictoire avec les principes de cet auteur, qui enseigne avec raison que les privilèges, étant des exceptions, doivent être plutôt restreints qu'étendus.* Tutti gl' Interpreti predicano l' osservanza di questo principio, ma nella decisione dei punti controversi qualche volta

(1) Troplong, art. 2101, § 5, n. 146.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 59.
(3) Art. 2101, § 5, n. 146.
(4) Liv. 3, tit. 18, n. 68.

se ne dimenticano, e sostengono opinioni, che col medesimo non possono in alcuna maniera conciliarsi.

148. Il privilegio, di cui parliamo, è accordato alle somministrazioni fatte *al debitore ed alla sua famiglia.* Giova di ben determinare il significato della parola *famiglia,* onde il privilegio sia contenuto entro i limiti voluti dal legislatore. Secondo il Diritto Naturale la famiglia non è altro che la società domestica, ossia l' unione d' umani individui, che risulta dalle società conjugale e paterna. La società conjugale, dice il Rosmini, germina nel proprio seno un' altra società, la parentale. I figliuoli esistono qual conseguenza della piena unione attuale de' genitori, di cui sono una cotale accessione e distendimento, e co' figliuoli la società domestica trovasi accresciuta di persone, e già composta di due società bellamente intrecciate fra loro, quella de' conjugi, e quella de' conjugi co' figliuoli che piglia il nome di parentale. (1) Alla famiglia, composta delle società conjugale e parentale, alludono le classiche parole d' Orazio, che lamenta la corruzione del popolo nata dalla immoralità delle famiglie:

Fœcunda culpæ sæcula nuptias
Primum inquinavere, et genus, et domos.
Hoc fonte derivata clades
In patriam populumque fluxit. (2)

Non è diverso il significato che la L. 195, D. *De verbor. signif.*, attribuisce alla parola *famiglia:* « *Familiæ* appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum, aut communi universæ cognationis continetur. Jure proprio *familiam* dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate, aut natura, aut jure subjectæ, ut puta patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias . . . . . . Communi jure *familiam* dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. » Dalla qual legge si raccoglie, che anche nel concetto delle Leggi Romane la famiglia è sempre il risultato delle due so-

(1) Filosofia della Morale e del Diritto, lib. 3, sez. 2, vol. 2, §§ 969, 1444.

(2) Ode 6, lib. 3.

cietà *conjugale* e *paternale*. Anche il Merlin sotto la parola *Famille* dichiara: « On appelle ainsi l'assemblage de plusieurs personnes unies par les liens du sang. » Sebbene però la famiglia non sia che il composto delle società conjugale e paternale, è però fuori di dubbio che anche le persone di servizio si considerano come parte della famiglia. Lo stesso Rosmini, che non ammette fra padrone e servo una relazione sociale, ma una semplice convivenza, confessa che secondo i Trattatisti la famiglia è un' unione d' umani individui, che si suol distinguere in tre società intrecciate insieme, *la conjugale, la parentale* e *la erile*. La convivenza dei servi col padrone, e l' uso a cui sono destinati fanno sì, che i medesimi si debbano sotto molti rapporti considerare come parte, almeno accessoria, della famiglia, cui servono.

149. Queste brevi spiegazioni della parola *famiglia* ci servono di guida a sciogliere alcuni dubbj che sorgono nella pratica applicazione del privilegio accordato alle somministrazioni di sussistenza. Le somministrazioni fatte dai venditori al minuto e dai mercanti all' ingrosso ad un oste, ad un albergatore, godranno del privilegio? No certamente. Imperocchè le dette somministrazioni hanno servito agli avventori dell' osteria e dell' albergo, i quali non sono certamente la famiglia dell' albergatore; o almeno il privilegio dovrà restringersi alla sola quantità, che può essere stata consumata dall' oste e dalla sua famiglia. (1)

Il Persil nella sua Opera *Questions sur les Privilèges* (2) dimanda, se i venditori al minuto o i mercanti all' ingrosso, che hanno fatto somministrazioni di sussistenza ad un Direttore di una casa di convitto, godano del privilegio, e lasciandosi vincere da motivi di equità dichiara, che il privilegio deve accordarsi, terminando la sua decisione con queste parole: « La raison, la justice l'établissent ainsi, et sans doute que la jurisprudence viendra confirmer cette décision, toutes les fois que l' occasion s'en presentera. » Ma la Giurisprudenza lungi dal far plauso a questa decisione, la condannò in modo assoluto, come quella che dava alle parole della legge *al debitore ed alla sua famiglia* una larga ed estensiva interpretazione, non permessa nella materia dei privilegi. Non rimase l' illustre e profondo Giureconsulto indifferente al giudizio contrario dato su questo punto dalla

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 64.
(2) Liv. 1, chap. 2, § 4.

Giurisprudenza, e nell' Opera *Régime Hypothécaire* (1) non tardò a ricredersi della prima opinione con queste nobili parole, che grandemente lo onorano: « Mes prévisions ne se sont pas réalisées; la jurisprudence, au contraire, m'a prouvé que je m'étais laissé aller à des raisons d'équité, comme si la loi était encore à faire. Je m'empresse donc de revenir à ce principe, qu'en matière du privilège il n'y a lieu ni à interpretation ni à extension; et que, quelque équitable que puisse être la position d'un créancier, il n'y a pas lieu à lui reconnaître un privilège que la loi ne lui a pas expressément accordé. » Le parole *sua famiglia* usate dal legislatore nell' articolo 2101 non hanno, e non possono avere un senso illimitato, e significare qualunque aggregazione di persone estranee al debitore; e le sole persone che sono legate a lui coi vincoli del sangue e quelle che sono addette al servizio della casa costituiscono la famiglia di lui.

150. Ma non bisogna confondere il caso di cui ora si è detto, col caso di somministrazioni di sussistenza fatte ad una Corporazione, o Corpo morale avente beni proprj. Quando si tratta di un Direttore di una casa di convitto, o del padrone di una di quelle case che in Francia si chiamano *pension,* e in Italia *dozzina* od anche *locanda,* allora è giusto il dire che, non potendosi i convittori o i dozzinanti considerare come parte della famiglia del Direttore o padrone, i somministratori degli alimenti non possono invocare il favore del privilegio, che è tassativamente e rigorosamente dato alle somministrazioni di sussistenza fatte al debitore ed alla sua famiglia. Al contrario quando le somministrazioni sono fatte ad un Corpo morale avente beni proprj, allora il debitore è lo stesso Corpo morale, e i somministratori degli alimenti hanno perciò il privilegio sulla generalità dei mobili appartenenti al medesimo in proprietà. In questo caso non si tratta più della interpretazione della parola *famiglia,* si tratta di esercitare il privilegio contro il Corpo morale, che è il vero e solo diretto debitore giusta i principj che nella L. 7, D. *Quod cujuscumque Universit. nom.,* insegna Ulpiano: « Sicutmunicipu m nomine actionem Prætor dedit, ita et adversus eos justissime edicendum putavit . . . . Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec, quod debet universitas, singuli debent. »

151. Il Codice del Regno delle Due Sicilie mette nel n° 5°

(1) Art. 2101, § 5, n. 4, 5.

dell' articolo 1970 fra i crediti privilegiati sopra la generalità de' mobili *le somministrazioni di viveri,* ripetendo la disposizione del n° 5° dell' articolo 2101 del Codice Napoleone colle stesse parole; se non che il Codice delle Due Sicilie invece di usare la parola *sussistenza* si serve della parola più chiara *viveri,* sinonimo della latina *cibaria,* la quale non può dar luogo al dubbio che si è fatto dagl' Interpreti del Diritto Francese, se anche le vesti godano del privilegio. Imperocchè Ulpiano nella L. 21, D. *De alim. vel cib.,* insegna che: « Diariis vel cibariis relictis, neque habitationem, neque vestiarium, neque calciarium, deberi palam est. » Che se le vesti non cadono sotto il legato della cibaria, non ostante che gli atti d' ultima volontà ammettano larga interpretazione, molto meno potranno le vesti godere del privilegio accordato alle somministrazioni della cibaria ossia dei viveri, essendo i privilegi di stretto diritto.

152. Il Codice di Parma stabilisce esso pure nell'articolo 2129 essere privilegiate sopra la generalità de' mobili *le somministrazioni di alimenti;* ma dichiara nell' articolo 2133, che le somministrazioni di alimenti non comprendono se non quelle de' generi di prima necessità, che hanno servito al vitto e vestito del debitore e della sua famiglia per li sei mesi anteriori all' introduzione del concorso de' creditori. In tre punti la disposizione del Codice di Parma si allontana da quella del Codice Napoleone. Primieramente il Codice di Parma usa la espressione più generale *alimenti,* ed abbraccia sotto il privilegio tanto *il vitto* quanto *il vestito.* In secondo luogo non si cura, come fa il Codice Napoleone, della qualità e condizione delle persone, che fanno le somministrazioni degli alimenti, o siano venditori al minuto, o mercanti all' ingrosso, o padroni di locanda, o privati; e coerente al principio che il privilegio è attribuito unicamente alla qualità del credito, lo accorda alle somministrazioni degli alimenti, da qualunque parte siano fatte. In terzo luogo limita in modo assoluto e generale il privilegio alle somministrazioni che hanno servito per li sei mesi anteriori all' introduzione del giudizio di concorso; laddove il Codice Napoleone lo accorda alle somministrazioni fatte o per li sei ultimi mesi, o per l' ultimo anno secondo la diversa qualità e condizione dei somministratori.

153. Il Codice di Sardegna accorda nel n° 6° dell' articolo 2156 il privilegio sopra la generalità dei mobili alle sommini-

strazioni *di commestibili,* e *merci per gli alimenti, ed indumenti* del debitore e della sua famiglia, fatte nei sei ultimi mesi se da venditori al minuto, e nell' ultimo anno se da altri negozianti, o da quelli che tengono pensione od hanno case di convitto.

154. Conforme all' articolo 2133 del Codice di Parma è la disposizione del § 67 del Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj, il quale dichiara che le somministrazioni *di alimenti,* collocate dal § 62 tra i crediti da prelevarsi dai beni del debitore, non comprendono, se non quelle de' generi di prima necessità, che hanno servito al vitto e vestito del debitore e della sua famiglia, nei tre mesi anteriori al concorso od alla morte. L' unica differenza tra il Codice di Parma ed il Regolamento Pontificio sta nel tempo, perchè il primo favorisce le somministrazioni che hanno servito per li sei mesi anteriori al concorso; e il Regolamento Pontificio quelle sole dei tre ultimi mesi. Ma il Regolamento Pontificio aggiunge nel § 68 una ulteriore savissima disposizione, atta a far cessare tutti i dubbj che possono farsi intorno alla quantità e misura degli alimenti somministrati, prescrive cioè che il privilegio per le somministrazioni di alimenti non può mai estendersi in ogni caso oltre la somma di cinquanta scudi.

Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* accorda nel n° 5° dell' articolo 9 il privilegio generale sui beni immobili e mobili alle *somministrazioni alimentarie,* e nell' articolo 14, conforme alla disposizione dell' articolo 2133 del Codice di Parma, dispone che un tale privilegio non si estende che al vitto e vestiario rigoroso corrisposto *al debitore e agl' individui, che esso ha l' obbligo di alimentare,* negli ultimi sei mesi precedenti la morte, o la decozione.

155. Finalmente il Codice di Modena, che nell' articolo 2123 n° 5 dichiara privilegiate sopra la generalità de' mobili *le somministrazioni di alimenti,* attenendosi alla disposizione del citato articolo 2133 del Codice di Parma, dichiara nell' articolo 2127: « *le somministrazioni di alimenti non comprendono se non se quelle dei generi di prima necessità, che hanno servito al vitto e vestito del debitore e della sua famiglia per li sei mesi anteriori al concorso.* »

156. Esaminati ad uno ad uno tutti i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili, resta a dire dell' ordine e grado che loro è stato assegnato. Quando l' articolo 2101 del Codice Napo-

leone si fosse limitato ad una semplice enumerazione dei crediti favoriti col privilegio generale sui mobili, la difficoltà sull'ordine della loro collocazione in una graduatoria non sarebbe stata di lieve momento. Imperocchè fra i creditori privilegiati la preferenza viene regolata secondo le diverse qualità de' privilegi, e la semplice enumerazione dei crediti, a cui è dalla legge accordato un privilegio, non può essere di per sè sola una norma sicura a regolare e determinare il posto e grado a ciascuno competente. Di questa verità ne ammaestra lo stesso Voet: (1) « Si Statutis quædam enumeratio fiat personarum aut causarum privilegiatarum, non præcise eo intelligi debent ordine potiores, quo recensiti sunt.... nisi ex circumstantiis, aut verbis taxativis alia statuentium mens colligatur. » Ma i Compilatori del Codice Napoleone non lasciarono aperto ai Giureconsulti questo campo di questione, e saggiamente determinarono il grado di ciascuno dei crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili, prescrivendo in termini assoluti, che i crediti stessi devono esperimentarsi con l'ordine, col quale si trovano enumerati. In forza di questa provvidissima disposizione, verificandosi il concorso dei crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili, sebbene tutti appartengano alla stessa categoria, non si fa mai luogo al contributo; ma il primo grado deve assegnarsi alle spese giudiziali, il secondo alle spese funerarie, il terzo alle spese dell'ultima infermità, il quarto ai salarj delle persone di servizio, il quinto ed ultimo finalmente alle somministrazioni di sussistenza. Ciascuno poi degli assegnati gradi andrà distribuito per contributo, ossia *in proporzione eguale,* fra i creditori che hanno un titolo eguale, ossia fra i creditori della stessa specie giusta la regola stabilita nell'articolo 2097, regola ripetuta senza bisogno dal legislatore nel n° 3° dell'articolo 2101, rispetto alle spese dell'ultima infermità. Dico *senza bisogno,* perchè non solamente le spese dell'ultima infermità, ma tutti i creditori privilegiati, o generali o speciali, che sono nel medesimo grado, sono subordinati alla regola generale dell'articolo 2097.

157. Perfettamente uguale alla disposizione dell'articolo 2101 del Codice Napoleone è quella dell'articolo 1970 del Codice delle Due Sicilie, che accorda il primo grado alle spese giudiziali, il secondo alle spese funerali, il terzo a tutte le spese dell'ultima

(1) Lib. 20, tit. 4, n. 26.

infermità, il quarto ai salarj delle persone di servizio, e l'ultimo alle somministrazioni di viveri.

158. Il Codice di Parma nell'articolo 2159 dispone, che i creditori contemplati nell'articolo 2129 qualora vengano in concorso fra sè, sono pagati nell'ordine seguente: 1° le spese di giustizia; 2° le spese funerali; 3° le spese di ultima infermità; 4° i salarj delle persone di servigio, e le somministrazioni di alimenti. Le spese di giustizia, le spese funerali, le spese di ultima infermità e i salarj delle persone di servigio hanno secondo il Codice di Parma gli stessi gradi che loro accorda rispettivamente l'articolo 2101 del Codice Napoleone. Vi è differenza tra il Codice Napoleone e il Codice di Parma rispetto al grado assegnato alle somministrazioni degli alimenti, alle quali il Codice Napoleone accorda il quinto ed ultimo grado; laddove il Codice di Parma accorda lo stesso grado quarto assegnato anche ai salarj delle persone di servigio. Il Codice di Parma vuole che i salarj delle persone di servigio siano pagati in proporzione eguale colle somministrazioni di alimenti. A me sembra assai ragionevole e giusta questa modificazione portata dal Codice di Parma al Codice Napoleone, in quanto migliora la condizione del privilegio delle somministrazioni alimentarie; ma la direi anche più conforme alla equità e giustizia, se fosse stato accordato alle dette somministrazioni un grado anteriore ai salarj delle persone di servigio. Dopo le spese dell'ultima infermità, quale vi ha credito infatti più sacro e più del favore e della protezione della legge meritevole delle somministrazioni, onde il debitore e la sua famiglia camparono la vita? D'altra parte, perchè il Codice di Parma ha voluto il contributo tra due crediti di diversa specie, quali sono appunto i salarj delle persone di servigio e le somministrazioni di alimenti? Era, se mal non m'appongo, assai meglio, che il Codice di Parma accordasse francamente il quarto grado alle somministrazioni di alimenti, ed il quinto ai salarj delle persone di servigio.

159. Il Codice di Sardegna s'attiene colla disposizione dell'articolo 2156 all'ordine di collocazione stabilito dall'articolo 2101 del Codice Napoleone; se non che avendo aggiunto ai crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili, come si disse, le spese per le vesti indispensabili da lutto della vedova, e gli alimenti necessarj alla medesima nei dieci mesi dalla morte del ma-

rito, accorda il primo grado alle spese di giustizia, il secondo alle spese funebri, il terzo alle spese d'ultima infermità, il quarto alle spese per le vesti da lutto della vedova e gli alimenti necessarj alla medesima nei dieci mesi dalla morte del marito, il quinto ai salarj dovuti ai domestici e servitori della famiglia, il sesto ed ultimo alle somministrazioni di commestibili, e merci per gli alimenti, ed indumenti del debitore, e della sua famiglia. Essendo le spese del lutto un accessorio delle spese funebri, a me pare che alle medesime avrebbe dovuto assegnarsi o lo stesso grado delle spese funebri, o il grado immediatamente successivo, e non so perchè i Compilatori del Codice Sardo abbiano separato i due gradi, quello cioè delle spese funebri e l'altro delle spese del lutto della vedova con un grado intermedio assegnato alle spese d'ultima infermità.

160. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj, il quale nel § 62 attribuisce il privilegio di essere detratte o prelevate dai beni del debitore 1° alle spese di giustizia, 2° alle spese funebri, 3° alle spese di ultima infermità, 4° alle mercedi dovute alle persone di servizio, 5° alle somministrazioni di alimenti; dichiara nel § 69 conforme alla disposizione dell'articolo 2101 del Codice Napoleone, che i creditori contemplati nel detto § 62, qualora vengano in concorso fra loro, si pagheranno nell'ordine col quale sono nello stesso § 62 enumerati.

161. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche,* il quale accorda nell'articolo 9 il privilegio generale sui beni immobili e mobili, ai crediti, 1° di spese giudiciali, 2° di spese funerarie, 3° di spese di ultima malattia, 4° di salarj delle persone di servizio, 5° di somministrazioni alimentarie, 6° d'imposizioni Regie e Comunitative; stabilisce esso pure nell'articolo 46, che i creditori per alcuno dei titoli notati all'articolo 9, se concorrono tra loro, esercitano il respettivo privilegio, e vengono soddisfatti gradualmente, e nell'ordine stesso di numerazione con cui sono in detto articolo 9 disposti.

162. Il Codice di Modena, attenendosi interamente all'articolo 2159 del Codice di Parma, dispone nell'articolo 2150 ciò che segue:

« *I creditori di cui nell'articolo* 2123, *se vengono in concorso fra loro tanto sopra i mobili, quanto sopra gli stabili, sono pagati nell'ordine seguente:*

1° *Le spese di giustizia,*

2° *Le spese funerali,*

3° *Le spese di ultima infermità,*

4° *I salarj delle persone di servigio, e le somministrazioni di alimenti.* »

Così anche sotto il Codice di Modena, come sotto il Codice di Parma, le somministrazioni di alimenti, a cui l'articolo 2101 del Codice Napoleone accorda il quinto grado, hanno il quarto grado comune coi salarj delle persone di servigio, e sono perciò pagate per contributo cogli stessi salarj.

163. Il Troplong commentando l'articolo 2096 esamina due punti importantissimi: 1° nel caso di conflitto dei privilegi generali dell'articolo 2101 coi privilegi speciali stabiliti dall'articolo 2102, a chi debbasi dare la preferenza; 2° nel caso di conflitto e concorso dei privilegi speciali del detto articolo 2102 tra loro, con qual regola debbasi determinare il grado a ciascuno competente. Anch'io m'occuperò di questi due punti; ma credo sia prima necessario esaminare tutti i titoli, a cui l'articolo 2102 accorda un privilegio speciale; perchè solamente dopo un tale esame si può fare un confronto tra i privilegi speciali ed i privilegi generali, e tra i diversi privilegi speciali tra loro, e, dirò quasi, pesare il grado di favore, che a ciascuno dona la legge.

DEI PRIVILEGI SOPRA DETERMINATI MOBILI.

Articolo 2102.

I crediti privilegiati sopra determinati mobili sono:

1. Le pigioni ed i fitti degl'immobili, sopra i frutti raccolti nell'anno, e sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare la casa appigionata, o l'affittanza, e di tutto ciò che serve alla coltivazione dei fondi affittati, cioè,

per quanto è scaduto ed è per iscadere, se i contratti di locazione siano per atto autentico, ovvero essendo per iscrittura privata, abbiano una data certa; ed in questi due casi, gli altri creditori hanno il diritto di locare nuovamente la casa o la possessione per il tempo che rimane al termine del contratto, e di convertire a loro vantaggio le pigioni o i fitti, col peso però di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto;

E per un'annata computabile dalla scadenza dell'anno corrente, quando non esista contratto autentico, o essendo questo per iscrittura privata, non siavi data certa.

Lo stesso privilegio ha luogo per le riparazioni locative, e per tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto;

Ciò nonostante le somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta dell'annata, sono pagate sul prezzo della raccolta medesima, e quelle dovute per gli utensigli, sopra il prezzo degli utensigli stessi. Tanto nel primo che nel secondo caso, esse sono pagate in preferenza del proprietario;

Il proprietario della casa o del fondo affittato può sequestrare i mobili in essi introdotti, quando siano stati traslocati senza il suo assenso, e conserva sopra essi il suo privilegio, purchè abbia proposta l'azione per rivendicarli nel termine di quaranta giorni, quando si tratti del mobiliare di cui è fornita la possessione, e nel termine di giorni quindici, quando si tratti della mobiglia di una casa;

2. Il credito sopra il pegno, di cui il creditore si trova in possesso;

3. Le spese fatte per la conservazione della cosa;

4. Il prezzo degli effetti mobiliari non pagati, se esistono tuttora in possesso del debitore, tanto che gli abbia comprati con dilazione al pagamento, o senza;

Se la vendita è stata fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può ancora rivendicare questi effetti finchè si trovano in possesso del compratore, ed impedirne la rivendita, purchè la domanda per rivendicarli venga proposta entro gli otto giorni dal fattone rilascio, e che gli effetti si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna;

Il privilegio del venditore non è esercibile però, se non dopo quello del proprietario della casa o del fondo, quando non sia provato che il proprietario fosse informato che i mobili e gli altri oggetti inservienti alla casa o al fondo affittato non erano di pertinenza del locatario;

Non resta derogato alle leggi e consuetudini commerciali concernenti la rivendicazione;

5. Le somministrazioni d' un albergatore sopra gli effetti del viandante che sono stati introdotti nel suo albergo;

6. Le spese di condotta e quelle accessorie, sopra le cose condotte;

7. I crediti che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarj pubblici nell' esercizio delle loro incombenze, sopra i capitali dati in cauzione, e sopra gl' interessi che ne fossero dovuti.

1. *Le pigioni ed i fitti degl' immobili.*

164. Le Leggi Romane garantivano con una tacita ipoteca il locatore del pagamento del prezzo della locazione; e questa

tacita ipoteca colpiva oggetti di diversa natura, secondo che trattavasi di fondi urbani o rustici. Al locatore di fondi urbani la L. 4, pr. D. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*, accorda la tacita ipoteca sopra i mobili e gli altri oggetti dall' inquilino introdotti nella casa: « Eo jure utimur, ut, quæ in prædia urbana *inducta, illata* sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis prædiis contra observatur. » Il qual diritto di tacita ipoteca fu esteso altresì dalla L. 7, C. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*, alle case affittate poste nelle provincie: « Sancimus, de invectis a conductore rebus et illatis, quæ domino pro pensionibus tacite obligantur, non solum in utraque Roma et territorio earum hoc jus locum habere, sed etiam in nostris provinciis. Tali enim justa præsumptione etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus. » Al contrario al locatore di fondi rustici la L. 7, pr. D. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*, accorda la tacita ipoteca sui frutti nati dagli stessi fondi: « In prædiis rusticis, fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit. »

Sebbene la citata L. 4, D. *In quib. caus. pign.*, neghi espressamente al locatore di fondi rustici la tacita ipoteca sopra i mobili e gli altri oggetti dal conduttore trasportati nel fondo, *in rusticis prædiis contra observatur;* non sono però mancati Interpreti, massime tra gli antichi, i quali hanno sostenuto, che anche al locatore di fondi rustici compete l' ipoteca tacita sui mobili del conduttore, quando questi furono introdotti nel fondo affittato colla scienza del locatore. Questi Interpreti si appoggiano alla L. 5, C. *De locato et cond.*, la quale così dispone: « Certi juris est, ea, quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris jure tenentur. » Ma il Vinnio (1) ne ammaestra, che l' opinione di questi Interpreti antichi venne unanimemente combattuta e rigettata dai moderni, i quali s' accordano a dire che le parole della citata L. 5, *voluntate dominorum,* accennano al patto stipulato tra il locatore e il conduttore, che i mobili introdotti nel fondo dovessero rimanere ipotecati a garanzia della locazione. Non può infatti darsi alle

(1) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7, alle parole *Quæ pignoris jure.*

dette parole *voluntate dominorum* una diversa interpretazione, perchè infinite leggi provano, che l'ipoteca del locatore di fondo rustico *super invecta et illata* deriva sempre da una espressa convenzione. La L. 14, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, valga ad esempio: « Cum colono tibi convenit, *ut invecta, importata pignori essent, donec merces tibi soluta, aut satisfactum esset.* » Parimenti la L. 32, D. *De pignor. et hyp.*, ci offre un altro esempio di questa convenzione stipulata tra il locatore di fondo rustico ed il conduttore: « Debitor pactus est, *ut quæcumque in prædia pignori data, inducta, invecta, importata, ibi nata, paratave essent, pignori essent.* » Anche la L. 11, § 2, D. *Qui potior. in pignor.*, la quale scioglie una questione di preferenza tra un terzo creditore ed il locatore di un fondo rustico, aventi amendue ipoteca sopra i mobili del conduttore trasportati nel fondo, suppone intervenuta tra il locatore ed il conduttore una espressa convenzione: « Si colonus convenit, *ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent*, et, antequam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit; quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est: quod posterius factum est. » E ben s'ingannerebbe chi credesse poter dedurre dalle ultime parole di questa legge *non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est*, che al locatore di fondo rustico compete la tacita ipoteca *super invecta et illata* del conduttore. Imperocchè in questa legge or citata si contempla il caso di conflitto tra il locatore ed un terzo, aventi amendue ipoteca convenzionale espressa sui mobili dal debitore trasportati nel fondo tenuto in affitto, l'una stipulata puramente e semplicemente, *pure*, l'altra, quella cioè del locatore, anteriore di tempo, ma dipendente dalla condizione della introduzione degli oggetti ipotecati nel fondo locato. Siccome la ipoteca condizionale del locatore rimane sospesa sino al verificarsi della condizione, ossia sino alla effettuata introduzione degli oggetti ipotecati nel fondo, per ciò dice la citata legge, coerentemente ai principj che regolano le obbligazioni condizionali, *non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est.* Senza una espressa e speciale convenzione negano assolutamente le Leggi Romane al locatore di fondo rustico la ipoteca *super invecta et illata* del conduttore.

Potrebbe sembrar strano, che la tacita ipoteca *super invecta et illata* competa al locatore di fondo urbano, e non al locatore di fondo rustico. La ragione della differenza deve ripetersi dagli usi del popolo romano. Imperocchè la legge scritta altro non fece che sanzionare quella convenzione, che nei contratti di locazione era generalmente stipulata, mediante la quale si assoggettavano a pegno i frutti del fondo, se un fondo rustico era il soggetto del contratto, o i mobili dall' inquilino introdotti nella casa, se trattavasi di locazione di un fondo urbano. (1) Egli è per ciò che Paolo nella L. 4, D. *De pactis*, dice chiaramente, che la ipoteca del locatore deriva da una tacita convenzione: « Item, quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis *invecta illata* pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit. » Per questa stessa ragione il Voet, il quale (2) fa del pegno tacito due specie, una che chiama *convenzionale*, e l' altra *legale*, reca ad esempio del pegno tacito convenzionale la ipoteca tacita del locatore.

È poi da avvertirsi, che sebbene le Leggi Romane accordino la tacita ipoteca *super invecta et illata* al solo locatore di un fondo urbano, estendono però la ipoteca stessa a qualunque caso di affitto di edifizj, sebbene questi per l' uso a cui sono destinati appartengano anzi alla classe dei fondi rustici che a quella dei fondi urbani. Nerazio infatti nella L. 4, § 1, D. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*, insegna: « *Stabula*, quæ non sunt in continentibus ædificiis, quorum prædiorum ea numero habenda sint, dubitari potest: et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a cæteris ædificiis separata sint. Quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis prædiis differunt. » Ed Ulpiano nell' antecedente L. 3 all' insegnamento di Nerazio pienamente aderisce: « Si horreum fuit conductum, vel diversorium, vel area: tacitam conventionem de invectis, illatis etiam in his locum habere, putat Neratius. Quod verius est. »

165. Questi sono i diritti accordati dal Gius Romano a garanzia del locatore; e dalla ipoteca competente al locatore dei fondi rustici ebbe origine la celebre azione Pretoria *Serviana*, di cui parla Giustiniano nel § 7 del titolo *De actionibus* delle sue Instituzioni: « *Serviana* experitur quis de rebus coloni, quæ pi-

(1) Vinnii Instit., lib. 4, tit. 6, § 7, alle parole *Quæ pignoris jure*.
(2) Lib. 20, tit. 2, n. 1.

gnoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. » Queste parole dell' imperator Giustiniano mostrano, che il Pretore coll' azione da esso introdotta non si curò che di provvedere alla garanzia e sicurezza dei locatori dei fondi rustici. Nè dalle allegate parole deve dedursi che il locatore dei fondi rustici avesse una tacita ipoteca su tutte le cose del conduttore, perchè l' acutissimo Vinnio avverte nel suo Commento, che « relativum *quæ* hic non demonstrat, sed distinguit; » e che Giustiniano non vuol già dire, che tutte le cose del conduttore di un fondo rustico fossero ipotecate a garanzia del locatore, ma che competeva l' azione *Serviana* rispetto a tutte le cose vincolate a pegno, sia che il pegno derivasse da una tacita convenzione, com' era appunto il pegno sui frutti nati dai fondi, sia che fosse stato con una espressa convenzione stipulato, la quale era assolutamente necessaria rispetto ai mobili del conduttore. L'azione *Serviana* non fu introdotta per favorire la tacita ipoteca accordata ai locatori dei fondi urbani, ma solo a proteggere e tutelare i diritti di pegno, o tacito o espresso, competente ai locatori dei fondi rustici; e per questo i locatori dei fondi urbani dovettero giovarsi dell' azione *quasi Serviana* o ipotecaria, introdotta dai Romani Giureconsulti a favore di qualunque creditore ipotecario ad esempio ed imitazione dell' azione Pretoria Serviana. (1)

166. Il Codice Napoleone accorda al locatore a garanzia del contratto di locazione un privilegio, se si tratta di locazione di case, *sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare la casa appigionata,* e se si tratta di locazione di fondi rurali, chiamata *colonia* ovvero *affittanza* dall' articolo 1711, *sopra i frutti raccolti nell' anno, e sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare l' affittanza, e di tutto ciò che serve alla coltivazione dei fondi affittati.* Nella locazione delle case compete al locatore il privilegio sulle stesse cose, cui il Gius Romano colpiva della tacita ipoteca, cioè *super invecta et illata.* Nella colonia od affittanza il privilegio ha una maggiore estensione che la tacita ipoteca romana, la quale era limitata ai frutti, sebbene però il Gius Romano non distinguesse fra i frutti nati nell' anno e quelli degli anni antecedenti. Il Gius Romano accordava una tacita ipoteca al locatore, il quale spesso dovea questionare di preferenza con altri creditori ipotecarj anteriori di tempo, e soggiacere alla

(1) Vinnii Instit., lib. 4, tit. 6, alle parole *Serviana* et *quasi.*

regola *qui prior est in tempore, est potior in jure.* Il Codice Napoleone non poteva dare al locatore la tacita ipoteca, perchè l'articolo 2119 dichiara non essere i mobili d'ipoteca suscettivi; e d'altra parte col concesso privilegio ha meglio garantito ed assicurato l'interesse del locatore, col quale non possono più contendere di prelazione creditori anteriori di tempo.

167. Il privilegio nella locazione delle case, e in quella dei fondi rurali compete *sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare la casa appigionata, o l'affittanza.* Accade esaminare la forza di queste espressioni, e la estensione da darsi al privilegio. Sebbene Nerazio nella L. 4, D. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.,* stabilisca in termini generali: « Eo jure utimur, ut, quæ in prædia urbana, *inducta illata* sunt, pignori esse credantur; » Pomponio nella L. 7, § 1, D. dello stesso titolo, fissa i giusti limiti, entro i quali la tacita ipoteca del locatore deve essere contenuta: « Videndum est, ne non omnia illata, vel inducta; sed ea sola, quæ, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint? Quod magis est. » Il Brunemanno commentando quest'ultima legge dichiara per ciò che la ipoteca tacita del locatore di fondo urbano colpisce solamente i mobili, che dal conduttore vi furono introdotti per rimanervi stabilmente. Animato dallo stesso spirito il Codice Napoleone accorda il privilegio non già sulle cose in genere introdotte dal conduttore nella casa o nel fondo, ma semplicemente sul valore di tutto ciò che *serve a mobiliare la casa o l'affittanza.*

168. Si fa la questione, se i danari, le scritture di credito, le vesti e la biancheria personale, e gli oggetti preziosi cadano sotto il privilegio del locatore. Quanto ai denari e alle scritture di credito, tutti sono d'accordo nell'escluderli dal privilegio, perchè nè i denari, nè le scritture di credito sono destinate a guarnire o mobiliare la casa. (1)

Quanto alla biancheria personale e alle vesti, il Troplong (2) pensa, che siano soggette al privilegio del locatore, perchè sebbene non siano propriamente *meubles meublans, mobiglia,* servono però anch'esse a guernire la casa; quanto però alle gioje, anelli ed altri oggetti preziosi, dice il Troplong che non possono essere colpiti dal privilegio, perchè non sono apparenti. A

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 79. Persil, art. 2102, § 1, n. 5.
(2) Art. 2102, n. 151.

me pare più conforme alle parole e allo spirito della legge, riguardo alle cose preziose, la distinzione del Duranton, (1) il quale assoggetta al privilegio quelle che servono all' uso o all' ornamento della casa, e dal privilegio esclude quelle che all' uso soltanto della persona sono destinate, come sono, p. e., gli orologi, gli anelli, gli spilli, le collane e simili altri oggetti. E per la stessa ragione io penso contro l' opinione del Troplong, che la biancheria personale e le vesti debbano sottrarsi al privilegio del locatore, il quale è limitato dalle chiare parole della legge *a ciò che serve a mobiliare la casa appigionata o l' affittanza.*

169. Ha la legge espressamente dichiarato che le sole cose, che servono a mobiliare la casa o l' affittanza, rimangono colpite dal privilegio del locatore; e però tutte le cose, sebbene spettanti in proprietà al conduttore, che furono introdotte nella casa o nel fondo accidentalmente o provvisoriamente, al privilegio non possono andar soggette. (2) La L. 32, D. *De pignor. et hyp.*, contempla il caso di un debitore, il quale fece il patto, che tutte le cose, le quali sarebbero introdotte nel fondo dato in pegno, dovessero restare soggette al pegno, a cui era stato vincolato il fondo; e propone il quesito, se tutti i servi messi nel detto fondo per la lavorazione saranno in grazia dei termini generali del patto soggetti al pegno. A questo quesito Scevola risponde: « Eos dumtaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accomodarentur, obligatos. » Questa massima deve applicarsi a più forte ragione al privilegio del locatore. Imperocchè il patto, di cui fa parola la citata L. 32, era concepito nei termini i più generali: « *ut quæcumque in prædia pignori data, inducta, invecta, importata, ibi nata, paratave essent, pignori essent.* » Al contrario l'artic. 2102, lungi dall' usare espressioni generali corrispondenti a quelle dell'accennato patto, si limita ad accordare il privilegio *sopra il valore di ciò che serve a mobiliare la casa o l' affittanza.*

170. Si fa dagli Interpreti il dubbio, se le cose dal conduttore introdotte nella casa appigionata o nell' affittanza, appartenenti in proprietà ad un terzo, rimangano ciò nullameno colpite dal privilegio del locatore. È principio stabilito dalla L. 8, C. *Si aliena res pign. data sit*, che non è valido il pegno costituito

(1) N. 79.

(2) Duranton, n. 79. Troplong, art. 2102, n. 157.

sulla cosa altrui: « Nexum non facit prædiorum, nisi persona, quæ jure potuit obligare. » Ma la L. 20, pr. D. *De pignorat. act.*, consacra l'altro principio, che la cosa altrui si può dare in pegno col consenso espresso o tacito del proprietario: « Per servum autem, aut per procuratorem, colonumve, actorem, seu conductorem, ullum præjudicium possessioni *invito vel inscio domino* imponi non posse, et jure et legum auctoritatibus declaratur. » E la L. 2, C. dello stesso titolo, mostra anzi come anche la sola scienza del padrone possa in alcuni casi bastare a convalidare il pegno costituito senza la volontà del medesimo: « Si probaveris Præsidi prædia vel hortos, de quibus agebatur, tuos esse, intelligis obligari eos creditori ab alio non potuisse; si non sciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti. »

Il Codice Napoleone stabilisce nell' articolo 2102, che hanno privilegio le pigioni ed i fitti sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare la casa o l'affittanza. La disposizione della legge è generale, nè richiede che le cose vincolate all' onere del privilegio debbano appartenere in proprietà al conduttore. E siccome il privilegio deriva dalla volontà della legge, non da quella dell' uomo, così è a tenersi, che la proprietà, che altri abbia sui mobili i quali servono a mobiliare la casa o l' affittanza, non può essere di ostacolo al privilegio del locatore. Quando il privilegio dovesse necessariameute colpire cose di proprietà del conduttore, mal sarebbe provveduto alla garanzia delle pigioni e dei fitti; il privilegio il più delle volte tornerebbe illusorio, e largo campo sarebbe lasciato aperto alle frodi in danno del locatore. Rispetto alle cose appartenenti in proprietà altrui introdotte dal conduttore nella casa appigionata o nell' affittanza deve farsi la stessa distinzione che si è fatta quanto alle cose di ragione dello stesso conduttore. O le cose altrui vi furono introdotte provvisoriamente, e allora è certo che il privilegio non può colpirle, perchè se in questa ipotesi nè pure le cose di proprietà del conduttore rimangono, come si disse, soggette al privilegio del locatore, molto meno potrebbero restar gravate dal privilegio le cose altrui. Chi mai, p. e., ardirebbe, non che sostenere, asserire, che il locatore ha il privilegio sulle biancherie dalle famiglie date alla lavandaja o stiratrice, sul panno dato al sarto da farne abiti, sul bagaglio del viaggiatore, e in simili altri casi? O le cose altrui,

date, p. e., al conduttore a nolo, a comodato, a pegno, in deposito, servono a mobiliare la casa appigionata o l'affittanza, e in tal caso non possono non rimaner colpite dal privilegio concesso dalla legge sopra *tutto ciò che serve a mobiliare la casa appigionata o l'affittanza*, senza alcun riguardo a chi ne abbia la proprietà. Nè perciò ha il Codice Napoleone derogato al principio stabilito dalla citata L. 8, C. *Si aliena res pign.*, perchè il legislatore dal silenzio del proprietario dei mobili deduce un presunto consenso di lui medesimo, il quale deve imputare a sè stesso la propria negligenza, se non si curò di fare in tempo le opportune diffidazioni e proteste al locatore.

Di ciò che ora abbiam detto rispetto ai mobili non appartenenti in proprietà al conduttore offre una conferma incontrastabile il nº 4º dello stesso articolo 2102, il quale dispone che il privilegio del venditore non è esercibile se non dopo quello del locatore, quando non sia provato che il locatore stesso fosse informato che i mobili e gli altri oggetti inservienti alla casa o al fondo affittato non erano di pertinenza del conduttore. Da questa disposizione si può con tutto il fondamento dedurre, 1º che il diritto di proprietà dei terzi deve tacere in concorso del locatore, la cui casa o fondo furono guerniti con mobili non appartenenti al conduttore; 2º che una diffidazione fatta in tempo debito dal proprietario dei mobili al locatore può salvare i diritti di proprietà, e sottrarre le cose state dal conduttore introdotte nella casa appigionata o nel fondo dagli effetti del privilegio al locatore competente. Sebbene il nº 4º ora citato dell'articolo 2102 contempli il conflitto di due privilegi, quello del venditore e quello del locatore, la massima stabilita riguardo al privilegio del venditore si può applicare altresì al proprietario dei mobili che guerniscono la casa appigionata o l'affittanza, perchè il privilegio del venditore deriva, come vedremo, dal gius di proprietà. Ma a togliere qualunque dubbio su ciò, meglio ancora che il citato nº 4º dell'articolo 2102 giova la disposizione dell'articolo 1813, il quale stabilisce che quando la locazione a soccida è contratta coll'affittuario altrui, deve essere notificata al proprietario de' beni di cui tiene l'affittanza; senza di che il proprietario di detti beni può sequestrare e far vendere il bestiame per essere soddisfatto di quanto l'affittuario gli deve.

Sebbene il rimedio più naturale e certo, di cui si può gio-

vare il proprietario dei mobili introdotti nella casa appigionata o nell' affittanza, per sottrarli al privilegio del locatore, sia quello della notificazione fatta allo stesso locatore; sebbene una tale notificazione, nel caso di locazione a soccida contratta coll' affittuario altrui, sia rigorosamente prescritta dal citato articolo 1813; non è però a credersi, che nei casi diversi dalla locazione a soccida debba il proprietario dei mobili fare necessariamente la detta notificazione, sotto pena di dover lasciar soggetti i mobili proprj al privilegio del locatore. Imperocchè come il privilegio del locatore deve tacere in concorso col privilegio del venditore dei mobili, e cedere a questo la preferenza, quando sia provato che il locatore fosse informato che i mobili e gli altri oggetti inservienti alla casa o al fondo affittato non erano di pertinenza del conduttore; per la stessa ragione il proprietario dei mobili posto in conflitto col locatore, deve sempre essere ammesso a fare la prova, a cui accenna il n° 4° dell' articolo 2102, onde sottrarre i mobili di sua ragione dal privilegio del locatore. Colla notificazione fatta in tempo il proprietario dei mobili sgrava sè stesso dal peso di provare che il locatore era informato che i mobili introdotti nella sua casa o nel suo fondo non appartenevano in proprietà al conduttore; ma in difetto di questa notificazione, non può e non deve essere chiusa la via al proprietario di fare la detta prova, la quale se è permessa al venditore dei mobili, per identità di ragione, anzi, a più forte ragione, deve essere lecita a chi ha la proprietà dei mobili, sui quali il locatore intende di esercitare il suo privilegio. Imperocchè i diritti del proprietario sono più sacri e degni di maggior protezione che non quelli del venditore, che, perduta la proprietà, ha sui mobili venduti un semplice privilegio. (1)

171. Molte decisioni hanno confermata la massima, che il privilegio del locatore si estende altresì ai mobili che non sono di proprietà del conduttore, e tra le altre una decisione del Supremo Consiglio di Modena del 19 giugno 1830, (2) e due sentenze della Corte Regia di Firenze, l' una del 16 aprile 1842, (3)

(1) Duranton, n. 86.

(2) Collez. delle Massime di Dir. stabilite dal Sup. Cons. di Modena, tom. 4, pag. 80, dec. n. 826, Baracchi con Ferrari Moreni.

(3) Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1842, pag. 368, p. 2.

l' altra del 21 gennajo 1848. (1) Ma se le cose altrui introdotte nella casa appigionata o nell' affittanza erano state o derubate o perdute, in tal caso è a tenersi che nessun privilegio sulle cose stesse potrebbe esercitare il locatore, in pregiudizio del proprietario, perchè l' articolo 2279 accorda senza alcuna eccezione e limitazione a colui che ha perduto o cui fu derubata qualche cosa, il diritto di ripeterla per il corso di tre anni, da computarsi dal giorno della perdita o del furto, da quello presso cui si trova; salvo a questo il regresso contro quello da cui l' ha ricevuta. D' altra parte, questa limitazione alla regola detta di sopra, anche indipendentemente dalla disposizione del citato articolo 2279, dovrebbe ammettersi, perchè la legge nessun consenso potrebbe presumere in danno del proprietario, che suo malgrado perdette, o al quale fu rubata la cosa. (2) Che se il conduttore avesse comprata la cosa derubata o perduta in una fiera o mercato, ovvero all' occasione di una vendita pubblica, o da un mercante venditore di simili cose, in tal caso il proprietario originario non potrebbe giusta l' articolo 2280 farsela restituire, se non che rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata. Di questo diritto accordato al possessore dall' articolo 2280 potrebbe certamente valersi il locatore giovandosi della disposizione dell' articolo 1166, giusta il quale i creditori possono esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore, che non sono esclusivamente personali. Ma in questo caso il locatore non potrebbe esercitare alcun privilegio sulla somma rimborsata dal proprietario della cosa rubata o perduta, la quale dovrebbe distribuirsi per contributo a tutti i creditori del conduttore, e ciò perchè la somma stessa si paga dal padrone che rivendica la cosa perduta o rubata, non già come prezzo di un mobile che guerniva la casa o l' affittanza, ma come un giusto indennizzamento della somma a titolo di prezzo pagata dal conduttore indebitamente per una compra che non ha potuto avere il suo effetto. (3)

172. Tutto ciò che abbiamo detto sinora sulle cose che cadono sotto il privilegio del locatore, è comune alle case appigionate e alle affittanze, perchè, o trattisi di locazione di case o di

(1) Annali ec. anno 1848, pag. 77, p. 2.
(2) Persil, art. 2102, § 1, n. 4. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 81.
(3) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 81.

fondi rurali, il locatore ha sempre diritto di privilegio sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare la casa appigionata o l'affittanza. Ma quando trattasi di affittanza, il locatore ha inoltre il privilegio sopra i frutti dell'anno, e sopra il valore di tutto ciò che serve alla coltivazione dei fondi affittati.

173. Il Persil, (1) parlando del privilegio che ha il locatore sopra il valore di tutto ciò che serve alla coltivazione del fondo, asserisce, che quantunque giusta l'articolo 524 gli oggetti che servono alla coltivazione di un fondo siano dichiarati immobili, nullameno sono qui dall'articolo 2102 riputati mobili, e che ciò non deve sembrare straordinario, perchè cotesti oggetti, essendo immobili per destinazione, e perchè sono l'accessorio di una cosa immobile per natura, devono perdere questo carattere fittizio, tostochè, mediante un sequestro, vengono separati dal fondo locato. Io non mi posso associare a questa osservazione. Se veramente le cose, a cui accenna il Persil, fossero divenute immobili per destinazione, nè pure col sequestro potrebbero divenir mobili, perchè anzi giusta l'articolo 592 del Codice di Procedura non possono punto gravarsi gli oggetti che la legge dichiara immobili per destinazione. E quando le dette cose, di cui parla il Persil, fossero immobili per destinazione, l'articolo 2102 non avrebbe potuto assoggettarle al privilegio del locatore, senza contraddire alle massime fondamentali del Gius, non potendo i beni immobili, o siano tali per natura o per destinazione, essere il soggetto del privilegio che colpisce i beni mobili. Se l'articolo 2102 assoggetta a privilegio a favore del locatore tutto ciò che serve alla coltivazione dei fondi affittati, non per questo mobilizza, come dice il Persil, cose per destinazione immobili, ma grava del privilegio cose che hanno conservato il loro carattere e natura di beni mobili. Imperocchè quali sono le cose che giusta l'articolo 524 divengono immobili per destinazione? Le stesse parole semplici e chiare dell'articolo 524 danno la risposta. Sono beni immobili per destinazione le cose *che il proprietario di un fondo vi ha poste per il servizio e la coltivazione del medesimo.* Ora sono forse queste che l'articolo 2102 assoggetta al privilegio del locatore? No certamente. Le cose destinate alla coltivazione dei fondi affittati, che l'articolo 2102 grava di privilegio a favore del locatore, sono quelle che sono state introdotte nei fondi dal

(1) Art. 2102, § 1, n. 1.

conduttore, il quale secondo l'articolo 1766 è tenuto a fornirli del bestiame e degl'istrumenti necessarj all'agricoltura; nè a queste si riferisce la disposizione del citato articolo 524, la quale contempla in modo chiaro ed assoluto quelle cose che lo stesso proprietario di un fondo vi ha poste per il servizio e la coltivazione del medesimo. Delle cose che servono alla coltivazione dei fondi affittati altre sono poste nei fondi dal proprietario locatore, altre dal conduttore. Gli animali che il proprietario del fondo consegna all'affittuario per la coltivazione si annoverano dall'articolo 522 fra i beni immobili fino a che restano addetti al fondo. Così pure le sementi somministrate all'affittuario sono dall'articolo 524 dichiarate beni immobili per destinazione. È troppo chiaro che a queste cose non può accennare l'articolo 2102, ma a quelle cose soltanto che il conduttore stesso mette nel fondo.

Le cose che servono alla coltivazione dei fondi affittati sono quelle che i Romani chiamavano *instrumenta fundi*, di cui fa una minuta enumerazione Ulpiano nella L. 8, D. *De instruc. vel instrumen. legato;* e senza bisogno di ripetere per nome ad uno ad uno tutti gli oggetti nominati nella citata L. 8, potremo però dire in termini generali colle stesse parole di Ulpiano, che gli oggetti che servono alla coltivazione dei fondi sono tutti quelli *quæ fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt,* e che questi oggetti, quando siano dallo stesso conduttore introdotti nell'affittanza, rimangono colpiti dal privilegio del locatore. Nè all'esercizio del privilegio del locatore potrebbe mai opporsi dal conduttore l'eccezione risultante dalla L. 8, C. *Quæ res pign. oblig.,* la quale stabilisce che: « pignorum gratia aliquid, quod ad culturam agri pertinet, auferri non licet. » Imperocchè avendo l'articolo 2102 accordato al creditore un privilegio sopra il valore di tutto ciò che serve alla coltivazione dei fondi affittati, illusorio sarebbe un tale privilegio, se il locatore non avesse il diritto di domandare il sequestro e la vendita giudiziale degli oggetti che ne sono la materia e il soggetto.

174. Finalmente il locatore di un fondo rurale ha il privilegio *sopra i frutti raccolti nell' anno.* Le espressioni della legge sono generali, e però tutto quello che la L. 59, § 1, D. *De usuf. et quem.,* chiama frutto, *quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur,* cade sotto il privilegio del locatore. I frutti giusta l'articolo 582 sono naturali, industriali, o civili. I frutti natura-

li, come dispone l'articolo 583, sono quelli che la terra produce da sè stessa, ed anche il reddito ed il parto degli animali sono frutti naturali. I frutti industriali di un fondo sono quelli che si ottengono mediante la coltura. È fuori di dubbio che il privilegio del locatore si estende agli uni e agli altri. I frutti civili sono giusta l'articolo 584 le pigioni delle case, e i fitti dei fondi, ed anche la L. 36, D. *De usur. et fruct.*, insegna: « Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. » Quando parleremo dei diritti che ha il locatore nel caso di subaffitto, diremo qualche parola intorno al privilegio al medesimo competente sui frutti civili, ossia sulle pensioni dovute dal subconduttore.

175. Sebbene l'articolo 2102 accordi il privilegio sopra i frutti *raccolti nell' anno*, non può essere al locatore vietato di esercitarlo altresì sopra i frutti pendenti già maturi. Imperocchè anche le mèssi unite alle loro radici, ed i frutti degli alberi non per anco staccati sono frutti dell' anno; e se il locatore ha diritto di privilegio sui frutti già staccati e raccolti, a più forte ragione deve averlo sui frutti pendenti, i quali si considerano anzi dal- articolo 520 parte del fondo. Nè si dica che i frutti pendenti, dichiarati immobili dal citato articolo 520, non possono cadere sotto il privilegio del locatore, il quale compete soltanto su cose mobili. Imperocchè essendo i frutti pendenti per loro natura destinati a divenir mobili coll'essere, come siano giunti a maturità, tagliati e côlti, nulla può impedire il locatore di fare un sequestro sopra i medesimi, onde ottenerne la mobilizzazione, ed esercitare il privilegio sul valore. (1) Non è proibita l' esecuzione sopra frutti pendenti, e citerò a questo proposito gli articoli 1042 e 1045 del nuovo Codice di Procedura di Modena; il primo dei quali dispone che il pignoramento di frutti attaccati al suolo si eseguisce mediante la destinazione di un amministratore, e l' intimazione ai coloni lavoratori del fondo di riconoscerlo, e di consegnargli la parte di frutti che sarà per appartenere al debitore; ed il secondo, che fatto il pignoramento, si procede agli atti ulteriori di esecuzione, e che l' incanto ha luogo dopo che i frutti sono stati staccati dal suolo.

176. Siccome le parole dell' articolo 2102 limitano il privilegio del locatore ai frutti *raccolti nell' anno*, è nato il dubbio, se il locatore potrà esercitarlo sui frutti raccolti negli anni ante-

(1) Troplong, art. 2102, § 1, n. 158.

cedenti, non venduti e non consumati dal conduttore. Essendo i frutti che si raccolgono dai fondi destinati alla vendita, tranne la parte che il conduttore consuma nel mantenimento della propria famiglia, si capisce facilmente il perchè la legge limita il privilegio ai frutti raccolti nell'anno. Tutti però gl' Interpreti unanimemente s' accordano nel dire che avendo il locatore un privilegio generale sopra il valore di tutto ciò che serve a guernire l' affittanza, non può non avere altresì il privilegio sui frutti degli anni antecedenti, quando si custodiscano nello stesso fondo, e ciò perchè allora anche questi frutti, qualunque sia l'epoca in cui furono raccolti, appartengono alle cose che servono a guernire l' affittanza. Come il locatore di una bottega o magazzino fornito di merci ha diritto di esercitare il privilegio sulle merci, finchè queste guerniscono i locali affittati, non vi sarebbe una ragione di negare il privilegio al locatore di un fondo rurale sui grani, vini ed altri frutti raccolti nei passati anni, perchè tutte le cose, che servono a mobiliare o guernire l' affittanza, (1) cadono, qualunque sia la loro natura o specie, sotto il privilegio del locatore. Ma sebbene anche sui frutti degli anni antecedenti a quello, di cui parla l' articolo 2102, possa il locatore esercitare il privilegio che gli compete sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare e guernire l' affittanza, il privilegio accordato sui frutti raccolti nell' anno porta con sè particolari conseguenze, delle quali avremo occasione di parlare, discorrendo del gius di rivendicazione.

177. L' articolo 2102 accorda al locatore dei fondi rurali un privilegio illimitato sopra i frutti raccolti nell'anno. Riguardo però ai frutti che dai fondi si raccolgono, Ulpiano nella L. 46, D. *De usur. et fruct.*, stabilisce il seguente principio: « Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus diminuere debere. » Lo stesso principio è proclamato dalla L. 1, C. *De fructib. et lit. expens.*, la quale dice chiaramente che è frutto ciò solo che avanza, dedotte le giuste spese: « Hoc *fructuum* nomine continetur, quod justis sumtibus deductis superest. » Paolo nella L. 38, § 14, D. *De usur. et fruct.*, attenendosi a questo principio dichiara, che i frutti di un fondo comune coltivato da uno dei condomini si devono dividere, dedotte prima le spese: « Si dividere fundum tecum velim, tu nolis et colam, an fructus dividi debeant *post deductionem impensarum?*

(1) Troplong, art. 2102, § 1, n. 159.

Et puto dividendos. » A questo principio fondato nella giustizia ed equità non potevano non rendere omaggio i Compilatori del Copice Napoleone, i quali perciò dichiararono, che le somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta dell'annata, sono pagate sul prezzo della raccolta medesima in preferenza anche del privilegio accordato al proprietario locatore. Non si contentarono i lodati Compilatori di accordare alle somme dovute per le sementi e per le spese della raccolta dell' annata un privilegio sul prezzo della raccolta medesima; e prevedendo il conflitto che facilmente potea sorgere tra il locatore e i creditori di dette somme, determinarono con molta saviezza che il privilegio del locatore dovesse essere posposto. Nè di questa preferenza concessa alle somme dovute per le sementi e per le spese della raccolta può dolersi il locatore, perchè senza di esse gli sarebbero mancati quei frutti, che sono il soggetto del suo privilegio e la principale sua garanzia. Questa preferenza, che il locatore deve tollerare, è appoggiata al principio di ragion naturale dalla L. 206, D. *De div. reg. jur.*, solennemente ripetuto: « Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. »

Non è qui necessario il fare una minuta descrizione di tutte quelle spese che possono cadere sotto la categoria di *spese della raccolta*. Non è però fuor di proposito l' avvertire che i giornalieri, che impiegano l' opera nei lavori necessarj alla raccolta, ed ai quali abbiamo negato il privilegio generale accordato dall' articolo 2101 alle persone di servizio, hanno tutto il diritto di giovarsi per le giornate loro dovute del privilegio che l' articolo 2102 accorda alle spese della raccolta, con preferenza altresì al proprietario locatore del fondo. (1)

178. Animato dagli stessi motivi, pei quali fu concesso il privilegio alle somme dovute per le sementi e per le spese della raccolta, l'articolo 2102 accorda il privilegio e la preferenza anche al locatore alle somme dovute per gli utensigli sopra il prezzo dei medesimi. Essendo gli utensigli, di cui parla l' articolo 2102, appunto gli istrumenti, i quali, come dice la L. 18, D. *De instruc. vel instrum. leg.*, — *fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt*, la giustizia ed equità del privilegio alle somme pei medesimi dovute è evidente.

(1) Duranton, n. 99. Troplong, art. 2102, n. 166.

Sebbene nel n° 4° dell' articolo 2102 sia accordato un privilegio speciale al prezzo degli effetti mobiliari non pagati, e sebbene di questo privilegio possa giovarsi il venditore di utensigli, il privilegio però attribuito nel n° 1° alle somme dovute per gli utensigli è assai più pingue. Primieramente il privilegio concesso nel n° 1° gode sempre la preferenza al proprietario locatore; laddove il privilegio del prezzo degli effetti mobiliari non pagati, contemplato nel n° 4°, non è esercibile se non dopo quello del proprietario della casa o del fondo, quando non sia provato che il proprietario stesso fosse informato che i mobili e gli altri oggetti inservienti alla casa o al fondo affittato non erano di pertinenza del locatario. In secondo luogo il privilegio, a cui si accenna nel numero 4, è accordato al venditore di effetti mobiliari non pagati; ed al contrario quello contemplato nel n° 1°, essendo concesso alle somme dovute per gli utensigli, compete tanto al venditore di utensigli non pagati, quanto agli artefici che li hanno in qualunque modo riparati. (1)

179. È poi da avvertirsi da ultimo, che il privilegio attribuito alle somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta sul prezzo della raccolta medesima, e a quelle dovute per gli utensigli sopra il prezzo dei medesimi, si può esercitare in faccia di qualunque creditore, e sarebbe errore il pensare che un tale privilegio fosse esercibile in concorso del solo locatore. Imperocchè stabilisce primieramente la legge in termini chiari ed assoluti, che le somme pei detti titoli dovute sono pagate sul prezzo rispettivamente della raccolta e degli utensigli; e dopo ciò dichiara che le somme stesse sono pagate in preferenza del proprietario. È dunque accordato alle dette somme, indipendentemente da qualunque conflitto col locatore, un privilegio assoluto sul prezzo della raccolta e degli utensigli, da potersi esercitare in concorso di qualunque creditore nel grado che potrà essere assegnato colle regole stabilite dagli articoli 2090 e 2097. (2)

180. Ora c' intratterremo a dire dei diritti che ha il locatore nel caso di subaffitto della casa appigionata o dell' affittanza. Dispone chiaramente l' articolo 1717, che il conduttore

(1) Duranton, n. 99.
(2) Duranton, n. 99.

ha diritto di sublocare e di cedere il suo affitto ad un altro, quando tale facoltà non gli sia stata interdetta. Se pertanto il conduttore subaffitta la casa o il fondo, facendo uso della facoltà concessagli dal detto articolo 1717, il locatore primo potrà esercitare il suo privilegio sulle cose che guerniscono la casa o il fondo e sui frutti dell' anno anche contro il subconduttore? La L. 11, § 5, D. *De pignorat. act.*, contemplando il caso di subaffitto di un fondo urbano, accorda espressamente al locatore il diritto di tacita ipoteca *super invecta et illata* del subinquilino sino alla concorrenza della somma che questi deve a titolo di pigione: « Plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam cænaculum conduxi: non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulæ frivola mea tenerentur. Videtur autem tacite et cum domino ædium hoc convenisse, ut non pactio cænacularii proficiat domino, sed sua propria. » Alla massima da questa legge stabilita la L. 24, § 1, D. *Loc. cond.*, punto non contraddice: » Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur. » Imperocchè quest' ultima legge contempla il caso di subaffitto di un fondo rurale; e come il locatore di un fondo rurale non ha alcuna ipoteca tacita *super invecta et illata* del colono, molto meno il proprietario locatore può avere la tacita ipoteca *super invecta et illata* del subcolono. I diritti che il Codice Napoleone accorda al locatore sopra tutto ciò che serve a mobiliare la casa appigionata, non sono diversi da quelli che concedeva il Gius Romano. La differenza sta solo in ciò, che il Gius Romano accordava al locatore dei fondi urbani una tacita ipoteca *super invecta et illata* dell' inquilino; laddove il Codice Napoleone accorda un privilegio, che è un diritto reale non meno dell' ipoteca. La massima dunque della citata L. 11, § 5, D. *De pignor. act.*, che dà al primo locatore la tacita ipoteca *super invecta et illata* del subconduttore sino alla concorrenza della pigione dal medesimo subconduttore dovuta, è applicabile altresì al privilegio del locatore, che deve estendersi anche ai mobili del subinquilino. E sebbene siasi detto più sopra che il locatore può esercitare il suo privilegio sui mobili che servono a mobiliare la casa pel pagamento di tutto ciò che gli è dovuto, quand' anche i mobili non appartengano in proprietà al conduttore, ciò nullameno il privilegio del locatore sopra i mobili del subconduttore devesi re-

stringere entro gli stessi limiti fissati dalla citata L. 11, ossia sino alla concorrenza della somma dovata dallo stesso subconduttore; e ciò perchè, anche indipendentemente dai principj su questo punto stabiliti dal Gius Romano, tra le diverse regole particolari per le locazioni delle case, il Codice Napoleone nell' articolo 1753 espressamente dichiara, che il subaffittuario non è tenuto verso il proprietario, che sino alla concorrenza della pigione convenuta nella sublocazione, della quale può essere debitore al tempo del sequestro. Se il subaffittuario non è tenuto verso il proprietario che sino alla concorrenza della pigione convenuta nella sublocazione, il proprietario stesso non potrà esercitare il privilegio sui mobili del subconduttore per l' intera pensione convenuta nel contratto di locazione stipulato col primo conduttore. Se dunque il proprietario di una casa la cedè in affitto per l' annua pensione di lire mille; ed il conduttore subaffittò o tutta o parte della casa appigionata per sole lire 600, il proprietario non potrà esercitare il privilegio sui mobili del subinquilino che sino alla concorrenza di lire 600. (1) E questo diritto competente al locatore sui mobili del subconduttore porta necessariamente la conseguenza, che a più forte ragione il locatore primo avrà privilegio a preferenza di qualsiasi altro creditore del primo conduttore sulla stessa pigione dal subconduttore dovuta. (2)

181. Esaminiamo lo stesso punto riguardo ai fondi rurali. Il Gius Romano non accordava, come si disse, la tacita ipoteca al locatore *super invecta et illata* del colono; ma siccome in molti paesi si estese per consuetudine anche al locatore di fondo rustico la tacita ipoteca *super invecta et illata* del colono, così in tutti i paesi, dove una tal consuetudine potè metter radice, anche al locatore di fondo rustico si accordò il benefizio della L. 11, § 5, D. *De pignor. act.*, ossia il diritto di tacita ipoteca super *illata et invectà* del subcolono entro i limiti da detta legge stabiliti. (3) Il Codice Napoleone ha fatto sparire ogni differenza tra il locatore dei fondi urbani, e quello dei fondi rustici quanto al privilegio gravitante sulle cose che servono a mobiliare la casa o

(1) Tesoro del Fôro Toscano, tom. 37, pag. 43, dec. 56, del 7 gennajo 1835. — Annali di Giurisprudenza Toscana, anno 1841, pag. 936, p. 2, sentenza del Trib. di Livorno del 1 giugno 1841.

(2) Persil, art. 2102, § 1, n. 6. Duranton, n. 73.

(3) Voet, lib. 2, tit. 2, n. 6.

l'affittanza. Per le stesse ragioni adunque che al locatore di una casa compete entro i limiti detti più sopra il privilegio sui mobili del subinquilino, deve accordarsi anche al locatore di un fondo rurale lo stesso privilegio entro gli stessi limiti sui mobili del subconduttore, e sopra tutto ciò che serve alla coltivazione del fondo subaffittato. Su ciò non può nascere alcun dubbio, e ammesso un principio, bisogna adottare tutte le conseguenze che dal medesimo derivano. La citata L. 11, D. *De pignor. act.*, limita la tacita ipoteca del locatore ai mobili soltanto del subconduttore dei fondi urbani, perchè solamente ai locatori dei fondi urbani era accordata la tacita ipoteca *super invecta et illata* dell'inquilino. La consuetudine, a cui accenna il Voet, che estese al locatore di fondo rustico la tacita ipoteca, non accordata dal Gius Romano, *super invecta et illata* del colono, estese ancora al locatore di fondo rustico la disposizione della citata L. 11, D. *De pignor. act.*, ossia la tacita ipoteca *super invecta et illata* del subcolono. Per la stessa ragione avendo secondo l'articolo 2102 il locatore il privilegio *super invecta et illata*, sia che queste servano a mobiliare una casa appigionata, o a guernire un'affittanza; avrà anche eguale privilegio sopra ciò che serve a mobiliare la casa subaffittata, e a guernire il fondo dal conduttore subaffittato, e sopra ciò che serve alla coltivazione del fondo medesimo, e potrà esercitare un tale privilegio contro il subconduttore entro i limiti però stabiliti dal citato articolo 1753.

182. Resta a dire dei diritti che il locatore di un fondo rurale ha sui frutti del fondo subaffittato dal conduttore. La L. 24, § 1, D. *Locat. cond.*, che negava per la ragione già detta al locatore di fondo rurale la tacita ipoteca *super invecta et illata* del subconduttore, concedeva espressamente allo stesso locatore la tacita ipoteca sui frutti anche in concorso del subconduttore: « Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur; sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset. » Sui frutti del fondo avea gli stessi diritti di tacita ipoteca il proprietario locatore, sia che il fondo si trovasse nelle mani del primo conduttore, sia che fosse ceduto in subaffitto dal primo ad un secondo conduttore. Ma trattandosi dell'ipoteca tacita competente al primo locatore sui frutti del fondo sublocato, nasceva tra gl'Interpreti del Romano Diritto una questione impor-

tantissima, se cioè il locatore primo potesse su questi frutti esercitare la tacita ipoteca per tutta intera la pensione d'affitto convenuta col primo conduttore, o pure sino alla concorrenza soltanto della somma dovuta dal subconduttore; si questionava cioè se la massima, stabilita dalla citata L. 11, § 5, D. *De pignor. act.*, pel caso di subaffitto dei fondi urbani, fosse altresì applicabile al locatore che esercita la tacita ipoteca sui frutti del fondo rurale in concorso e in pregiudizio del subconduttore. Il Voet, per tacere di molti altri, (1) pensa, che i frutti del fondo sono obbligati a tacito pegno in favore del primo locatore a garanzia dell'intera pensione a lui dovuta, senz' alcun riguardo alla quantità della pensione stipulata tra il conduttore e il subconduttore, e si fonda principalmente nelle parole della citata L. 24, § 1, D. *Loc. cond.*, così concepite: *Sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.* L'opinione del Voet trova pure appoggio nella L. 53, D. *Loc. cond.*, la quale accorda al primo locatore il tacito pegno sui frutti del fondo subaffittato senza alcuna limitazione: « Qui fidejussor extitit apud mancipem pro colono publicorum prædiorum, quæ manceps ei colono locavit, Reipublicæ non tenetur: *sed fructus in eadem causa pignoris manent.* » Il Pothier è della stessa opinione, (2) e dice che il primo conduttore non può subaffittando privare il primo locatore del gius di pegno che ha sui frutti.

Io credo che nessuna fondata obiezione possa farsi all'opinione del Voet. Imperocchè i mobili dell'inquilino restano vincolati a tacito pegno a favore del locatore pel solo motivo che furono destinati a mobiliare la casa appigionata, e vennero perciò nella medesima introdotti. Sarebbe pertanto cosa assai dura ed ingiusta, che il locatore, che ha lasciata al conduttore la libera facoltà di subaffittare, potesse poi esercitare la tacita ipoteca sui mobili del subinquilino oltre i limiti della pensione da questo dovuta. Al contrario i frutti sono vincolati a tacito pegno a favore del locatore per una causa assai più forte, cioè perchè derivano dal fondo, di cui il locatore ha la proprietà. Il proprietario ha diritto *jure dominii* di raccogliere i frutti del suo fondo, e questa verità è provata con tutta evidenza dalla L. 25, D. *De usuris et fruct.*, la quale sebbene non accenni alla materia di cui ora ci

(1) Lib. 20, tit. 2, n. 7.
(2) Traité du contrat de louage, par. 4, chap. 1, § 3, n. 233, 234, 235.

occupiamo, serve però a mostrare come il diritto sui frutti derivi appunto dal gius di proprietà· « Qui scit, fundum sibi cum alio communem esse, fructus, quos ex eo perceperit, invito, vel ignorante socio, non majore ex parte suos facit, quam ex qua dominus prædii est. Nec refert, ipse, an socius, an uterque eos severit: quia omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur: et quemadmodum si totum fundum alienum quis sciens possideat, nulla ex parte fructus suos faciet, quoquo modo sati fuerint: ita qui communem fundum possidet, non faciet suos fructus pro ea parte, qua fundus ad socium ejus pertinebit. » È dunque giusto che l'ipoteca sui frutti accordata dalla legge al locatore non soffra alcun limite pel contratto di subaffitto stipulato dal conduttore.

La stessa massima, secondo il mio avviso, deve applicarsi al privilegio concesso dall'articolo 2102 al locatore sui frutti raccolti nell'anno. Imperocchè il Codice Napoleone non ha fatto che convertire in privilegio l'ipoteca tacita romana, e nell'articolo 547 proclama esso pure il principio, che i frutti naturali od industriali della terra appartengono al proprietario per diritto di accessione. D'altra parte la disposizione dell'articolo 1753, pienamente conforme alla massima stabilita dalla citata L. 11, § 5, D. *De pignorat. act.*, giusta la quale il locatore è tenuto a restringere gli effetti del sequestro domandato contro il subconduttore di un fondo urbano entro il limite del debito dello stesso subconduttore, trovasi sotto la Sezione che tratta delle *Regole particolari per le locazioni delle case*, e non è e non può essere applicabile al locatore che dimanda il sequestro sui frutti raccolti nell'anno contro il subconduttore di un fondo rustico.

Essendo frutti civili anche i fitti dei fondi locati, il locatore primo avrà certamente il privilegio altresì sul fitto dell'anno dovuto dal subconduttore del fondo, e il locatore avrà la scelta o di esercitare il privilegio sui frutti raccolti nell'anno per l'intero suo credito, o pure di esercitare il privilegio sul fitto dal subconduttore dovuto. È giusto, come saviamente osserva il Pothier, (1) che sia lasciata questa scelta al locatore, il quale però non sarebbe ascoltato, quando avesse la strana ed ingiusta pretesa di esercitare il privilegio sul fitto e sui frutti, perchè il sub-

(1) Loc. cit., n. 234.

conduttore paga appunto il fitto da esso convenuto in correspettivo del godimento dei frutti.

183. Abbiamo detto quali sono i diritti che ha il locatore di una casa appigionata sui mobili del subinquilino. La L. 5, D. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*, contempla anche il caso di una casa, ceduta o in tutto o in parte dall' inquilino ad alcuno gratuitamente, e nega al locatore la tacita ipoteca *super invecta* della persona, a cui la casa fu ceduta senz' alcun obbligo di pagamento di pigione: « Pomponius scribit, si gratuitam habitationem conductor mihi præstiterit, invecta a me domino insulæ pignori non esse. » Il Pothier (1) non ligio alla disposizione di questa legge insegna al contrario che i mobili anche in questo caso devono essere vincolati a favore del locatore in proporzione della parte di casa goduta dalla persona a cui ne fu ceduto dal conduttore gratuitamente il godimento; e ciò perchè altrimenti tornerebbe illusoria la garanzia che la legge ha data al locatore. Appoggiandosi il Persil (2) alle parole dell' articolo 2102, che accorda al locatore il privilegio *sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare la casa appigionata*, senza distinguere se le cose appartengano in proprietà al conduttore o ad altri, sostiene non potersi adottare una opinione diversa da quella che è professata e difesa dal Pothier. Duranton al contrario s' attiene all' opinione di Basnage, caldo sostenitore della massima su questo punto stabilita dalle Leggi Romane. (3) Io all' opinione del Duranton, che è conforme al testo della citata L. 5, D. *In quib. caus. pign.*, pienamente aderisco; nè le parole dell' articolo 2102, nelle quali si fonda il Persil, potrebbero piegarmi a diverso giudizio. Convengo col Persil, che i mobili, i quali non appartengono in proprietà all' inquilino, cadono sotto il privilegio del locatore, qualora servano a mobiliare la casa appigionata. Ma altri sono i diritti del locatore, quando la casa è abitata dal conduttore, altri quando la casa è abitata da un terzo, a cui fu dal conduttore ceduta o in tutto o in parte. Quando il conduttore abita esso la casa, i mobili che servono a mobiliarla, a chiunque appartenga la loro proprietà, rispondono dell' intero pagamento della pigione al locatore dovuta, e su ciò

(1) Traité du contrat de louage, par. 4, chap. 1, § 3, n. 236.
(2) Art. 2102, § 1, n. 11.
(3) Liv. 3, tit. 18, n. 83.

nessun dubbio può farsi. Al contrario quando la casa è stata ceduta ad altri in godimento dal conduttore, allora i diritti del locatore sulle cose che mobiliano la casa si misurano dagli obblighi della persona a cui ne fu ceduto il godimento, allora il locatore non può esercitare il privilegio sino all' intiera soddisfazione del suo credito, ma deve restringerlo entro i limiti segnati dalla qualità e quantità degli obblighi assunti dalla stessa persona, a cui fu ceduto il godimento della casa. Di ciò fa prova il già citato articolo 1753, il quale stabilisce che il subaffittuario non è tenuto verso il proprietario, che sino alla concorrenza della pigione convenuta nella sublocazione, della quale può essere debitore al tempo del sequestro. Dalla qual disposizione deriva la conseguenza, come già si disse, che il locatore non può esercitare il privilegio sui mobili del subinquilino che sino alla concorrenza della somma, di cui il subinquilino trovasi debitore. Suppongasi che il subinquilino, giunto il giorno destinato al pagamento della sua pigione, soddisfaccia immediatamente al suo debito nelle mani del suo creditore, ossia del primo conduttore, e che dopo pochi giorni il proprietario, primo locatore, intenda di esercitare il suo privilegio sui mobili ehe guerniscono la casa. Il proprietario avrà un tale diritto? No certamente; perchè il subinquilino nulla più deve, e se giusta l' articolo 1753 non può opporre al proprietario pagamenti fatti anticipatamente, ha tutto il diritto di opporre i pagamenti fatti al debito tempo. Che se il citato articolo 1753 permette persino al subaffittuario di opporre al proprietario i pagamenti anticipati, che furono eseguiti o in virtù di una stipulazione risultante dal contratto di sublocazione, o in conseguenza della consuetudine dei luoghi, molto più si potranno dal subaffittuario opporre i pagamenti non anticipati. Perchè dunque il proprietario, non ostante il diritto di privilegio che l' articolo 2102 gli accorda sopra ciò che serve a mobiliare la casa, non può nel caso già supposto esercitare il privilegio sui mobili del subinquilino? Perchè il subaffittuario al tempo del sequestro nulla più deve, e perchè in concorso dello stesso il privilegio del proprietario soffre una limitazione. Se un terzo diede a commodato o a nolo mobiglie ad un inquilino, e lasciò che le medesime servissero a mobiliare l' appartamento abitato dall' inquilino, nulla può opporre, come a suo luogo fu detto, contro il locatore che si fa ad esercitare il privilegio sopra

le cose che servono a mobiliare la casa appigionata. Al contrario in concorso del subaffittuario non solo il proprietario deve limitare il suo privilegio alla somma dovuta dallo stesso subaffittuario, ma può accadere anzi, come già abbiamo detto, che il privilegio del proprietario debba tacere affatto, quando cioè il subaffittuario al tempo del sequestro nulla più deve. Per la stessa ragione colui, al quale fu gratuitamente ceduta dal conduttore la casa, nulla dovendo nè al conduttore, nè al proprietario, potrà giustamente, invocando la disposizione della citata L. 5, D. *In quib. caus. pign. vel hyp.*, impedire gli effetti del privilegio del proprietario; nè io so vedere la ragione, per cui il Persil si creda sforzato dalle parole dell'articolo 2102 a seguire l'opinione del Pothier. Le Leggi Romane accordavano al locatore la tacita ipoteca *super inducta et illata*, l'articolo 2102 accorda il privilegio *sopra il valore di ciò che serve a mobiliare la casa;* e l'unica differenza tra il Gius Romano e il Codice Napoleone sta nella qualità del diritto accordato al locatore, perchè il primo accorda una tacita ipoteca, il secondo un privilegio. Lo stesso Pothier appoggia la sua opinione alla equità, più che al diritto: « *il me paraît équitable que leurs meubles soient obligés au loyer, à proportion de la partie qu'ils occupent;* » e la equità, quando si tratta di accordar privilegi, deve sempre tacere per la ragione non mai abbastanza ripetuta, che *en cette matière, tout est de droit étroit.* (1)

184. Finora abbiamo parlato delle cose, su cui gravita il privilegio accordato alle pigioni ed ai fitti degli immobili. Poche cose sono a dirsi delle persone, a cui il privilegio compete. Il privilegio è concesso alle pigioni ed ai fitti, e però competerà al locatore, o sia questi il proprietario, o sia un usufruttuario, a cui dall'articolo 595 è espressamente concessa la facoltà di affittare, o sia lo stesso conduttore, il quale giusta l'articolo 1717 ha il diritto di sublocare, quando tale facoltà non gli sia stata interdetta. (2) I creditori, a cui il debitore fa la cessione dei beni permessa dall'articolo 1268, e che giusta l'articolo 1269 hanno diritto di percepire i frutti dei beni ceduti sino alla vendita, go-

(1) Duranton, n. 59.

(2) Persil, art. 2102, § 1, n. 11. Troplong, art. 2102, n. 152. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 70. Pothier, Traité du contrat de louage, p. 4, chap. 1, § 2, n. 230.

dranno, affittando, del privilegio accordato alle pigioni ed ai fitti. Lo stesso privilegio competerà al marito, il quale giusta l'articolo 1549 ha durante il matrimonio l'amministrazione dei beni dotali, e il diritto di percepirne i frutti. Lo stesso dicasi di tutti coloro, che hanno il diritto e la facoltà di dare in affitto.

185. È certo che ogni locatore ha il privilegio di cui ora discorriamo; ma nasce il dubbio, se il padrone abbia lo stesso privilegio contro il mezzadro pei crediti di mezzadria. Sebbene la locazione dei fondi rustici abbia molta affinità colla colonía, sono però l'una e l'altra due contratti distinti. Imperocchè la colonía è un contratto, mediante il quale è dato a coltivare un fondo rustico ad una famiglia di agricoltori, col correspettivo d'una quota dei redditi; e l'affittanza è un contratto, per cui taluno si obbliga di concedere ad altri il godimento di un fondo rurale per un convenuto prezzo. L'articolo 522 del Codice Napoleone, che dichiara immobili gli animali che il proprietario del fondo consegna *all'affittuario o al colono parziario* per la coltivazione, distingue evidentemente l'uno dall'altro. Parimenti l'articolo 1801, il quale numera le diverse specie di *soccide,* contempla la soccida fatta *coll' affittuario* o *con il colono parziario.* L'articolo 1717 dispone, che il conduttore ha diritto di sublocare, quando tale facoltà non gli sia stata interdetta; laddove l'articolo 1763 stabilisce, che quegli che coltiva un fondo col patto di dividere i frutti col locatore, non può sublocare, se non gliene fu espressamente accordata la facoltà. Qualunque siano i punti di somiglianza tra questi due contratti, è indubitato che la legge l'uno dall'altro distingue. Ora l'articolo 2102 accorda espressamente il privilegio alle pigioni ed ai fitti degli immobili; e dalla qualità del credito, a cui è attribuito il privilegio, si può con tutta ragione dedurre che il contratto favorito dal legislatore è quello di locazione, per cui si cede ad un altro il godimento di una cosa per un convenuto prezzo. Se fosse lecito nella materia dei privilegi far uso della facoltà che nella L. 13, D. *De legibus*, *senat.,* Ulpiano concede al Giureconsulto: « Quoties lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cætera, quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri; » non esiterei a dire che anche al proprietario spettar deve contro il colono parziario il privilegio, di cui ora è parola. Ma essendo i privilegi, come più volte fu detto, di stret-

tissimo diritto, e non ammettendo assolutamente alcuna maniera di estensiva interpretazione, io penso che in questa parte la legge sia difettosa, e che non si possa al difetto supplire del legislatore coll' estendere il privilegio al proprietario contro il colono parziario. So che una decisione del Supremo Consiglio di Modena dell' 11 maggio 1833 (1) accordò al padrone il privilegio sopra i mobili e quant' altro tengono i mezzadri sopra i fondi da loro lavorati pe' suoi crediti, ed anche per quell' indennizzo che gli fosse dovuto pel mancato eseguimento dei patti colonici; ma non per questo la mia convinzione può cambiarsi, alla quale fa forza il principio regolatore della materia dei privilegi. I Codici moderni giustificano la mia opinione, che altri forse trova soverchiamente rigorosa. Il Codice di Parma accorda nell'articolo 2134 uno speciale privilegio alle pigioni ed ai fitti de' beni stabili, e nell' articolo 2140 accorda un privilegio distinto al padrone pei crediti verso il mezzajuolo. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* concede nel § 2 dell' articolo 19 un privilegio speciale al proprietario del fondo rustico, o urbano, per le mercedi e per le pigioni, e nel successivo § 3 accorda distintamente un privilegio ai padroni ed ai contadini pei crediti dipendenti dalla colonía. Finalmente anche il Codice di Modena dà nell'articolo 2128 uno speciale privilegio alle pigioni ed ai fitti de' beni stabili, e nell' articolo 2134 un privilegio distinto al padrone pei crediti di colonía verso il colono. Non è dalla mía discorde l' opinione del Duranton, il quale dopo di avere ammesso che il Codice Napoleone distingue in più luoghi il conduttore dal colono parziario, e che il privilegio è dall' articolo 2102 accordato alle pigioni ed ai fitti, conclude: « néanmoins, il n'est pas douteux que le propriétaire d'une métairie ou d'un vigneronnage donné à culture moyennant une portion des fruits, n'ait pareillement le privilège pour la somme que le métayer ou cultivateur est tenu de payer annuellement, d'après le bail, pour son logement, sa part des impôts, ou autres charges, appelées dans l' usage de certains pays, *charges de culture.* » (2) Non solo dalla mia non discorda l'opinione del Duranton, ma io credo anzi che l' autorità del Duranton appoggi e confermi ciò che ho

(1) Collez. delle Massime di Dir. stabilite dal Sup. Cons. di Modena, tom. 5, pag. 141, dec. n. 1013, Bonfati con Martinelli.

(2) Liv. 3, tit. 18, n. 71.

detto. Imperocchè l'Interprete francese non accorda già il privilegio in genere ai crediti del padrone verso il colono parziario, ma semplicemente a quella somma che annualmente il colono parziario secondo i patti, o secondo gli usi di alcuni luoghi paga in danaro al padrone *pour son logement, sa part des impôts, ou autres charges appelées charges de culture.* Questa somma annua, di cui parla il Duranton, è un vero fitto, e nulla osta che il contratto sia misto di colonía e di affittanza, nello stesso modo in cui un contratto di alienazione può essere misto di vendita e di permuta, quando l'acquirente dà in correspettivo della cosa ricevuta un'altra cosa e una quantità convenuta di denaro. Per la somma contemplata dal Duranton, che si risolve in un fitto, come si potrebbe e con qual ragione negare al padrone il privilegio?

186. Esaminiamo ora i limiti, entro i quali il privilegio del locatore può esercitarsi. Il contratto di locazione era per Gius Romano perfetto col semplice consenso, ed annoverato perciò tra i contratti *consensuali,* i quali giusta la L. 14, D. *Loc. cond.,* « neque verba, neque scripturam desiderant, sed nudo consensu convalescunt. » Anche il Codice Napoleone stabilisce nell'articolo 1714, che le locazioni si possono fare o per scrittura, o verbalmente. Ma sebbene la scrittura non sia alla validità del contratto necessaria, quando il locatore intende far valere i suoi diritti in faccia e in pregiudizio dei terzi, come avviene appunto nel caso che voglia esercitare il suo privilegio in concorso dei creditori del conduttore, allora diversi sono gli effetti che dal contratto derivano, secondochè risulta o no da atto autentico.

Se il contratto d'affitto risulta da atto autentico, o da scrittura privata avente data certa, il privilegio del locatore non ha limiti, e compete per tutte le pensioni scadute e per quelle eziandio che sono da scadere. Quanto alle pensioni scadute, la cosa è chiara, perchè il creditore ha tutto il diritto di esigere il credito, venuto il giorno destinato al pagamento. Ma potrebbe parere esorbitante il diritto accordato al locatore di esercitare il privilegio per le pensioni da scadere sino al termine dell'affitto, perchè giusta il principio insegnato da Ulpiano nella L: 41, § 1, D. *De verbor. signif.,* confermato dall'articolo 1186 del Codice Napoleone: « Dies adjectus efficit, ne præsenti die pecunia debeatur. » È verissimo che per regola generale ciò

che non si deve che a tempo determinato, non può esigersi prima della scadenza del termine, e quanto i Romani fossero gelosi osservatori di questa regola, il caso deciso da Papiniano nella L. 124, D. *De verb. obl.,* fa piena fede: « *Insulam intra biennium illo loco ædificari spondes?* ante finem biennii stipulatio non committitur, quamvis reus promittendi non ædificaverit, et tantum residui temporis sit, quo ædificium extrui non possit. » Ma è vero altresì che il termine, a differenza della condizione, non sospende la obbligazione, sebbene ne differisca la esecuzione. I Romani indicavano il giorno, in cui nasce la obbligazione, colla formola *cedere diem,* e quello in cui della obbligazione si può chiedere l'adempimento coll'altra formola *venire diem;* e parlando delle obbligazioni a tempo la L. 213, D. *De verb. signif.,* dice: « ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; » e delle obbligazioni condizionali dice al contrario: « ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione. » Quegli che ha promesso sotto condizione non è debitore sino a tanto che la condizione non si è verificata; ed al contrario quegli che deve alla scadenza di un termine, è debitore sin dal primo momento della stipulata obbligazione, sebbene il creditore debba differire l'esigenza del suo credito sino a che il convenuto termine sia arrivato. (1) Conformemente a questi principj l'articolo 1185 del Codice Napoleone dichiara esso pure, che il termine apposto alle obbligazioni differisce dalla condizione, in ciò che non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione. Ciò premesso, nel contratto d'affitto stipulato per un numero d'anni determinato, dallo stesso giorno del contratto il locatore assume l'obbligo di fare che il conduttore abbia il pacifico godimento della cosa locata per tutto il tempo della locazione, ed il conduttore di pagare il prezzo della locazione nei termini convenuti. Finchè il locatore si trova a fronte del suo conduttore, è certo che non potrà esercitare il suo privilegio se non che per le pensioni già scadute, perchè ciò che si deve a tempo determinato, non può esigersi prima della scadenza del termine. L'inquilino, che non fornisce la casa dei mobili sufficienti, o che non dà cautele bastanti ad assicurarne la pigione, potrà giusta l'articolo 1752 essere espulso. Parimenti, se il conduttore di un fondo rustico non lo fornisce del bestiame e

(1) Pothier, Des obligat, par. 2, chap. 3, § 2, n. 230. Institution., tit. De Verbor. obligat., § 2.

degl' istrumenti necessarj all' agricoltura, o se ne abbandona la coltivazione, potrà il locatore giusta l' articolo 1766 far rescindere l' affittanza. Ma al suo conduttore non potrà mai il locatore chiedere il pagamento delle pensioni da scadere, e non potrà mai quindi per queste pensioni, delle quali *cessit dies, sed nondum venit*, esercitare il privilegio che la legge gli accorda. Si farebbe dell' articolo 2102 una interpretazione evidentemente contraria ai principj del Diritto, quando si volesse dare al locatore il diritto di esercitare il suo privilegio, in concorso del solo conduttore, per le pensioni da scadere. (1)

È ben diverso il caso del locatore, che trovasi in conflitto e concorso con altri creditori del conduttore, i quali domandano la vendita giudiziale delle cose, sulle quali egli ha diritto di privilegio a garanzia piena del suo contratto. Da una parte tutti i creditori del conduttore hanno diritto di far vendere giudizialmente i beni del loro debitore, i quali giusta gli articoli 2092 e 2093 sono la loro comune garanzia. Dall'altra il locatore, il quale ha diritto che il suo contratto abbia sino al termine convenuto il pieno suo effetto, può giustamente pretendere che nessuno gli tolga o gli diminuisca quelle cautele e garanzie, che la legge gli accorda. Onde pertanto siano salvi e i diritti dei creditori del conduttore, e quelli del locatore, la legge, costretta dalla necessità di questo conflitto, deroga alla regola stabilita dall' articolo 1186, giusta la quale ciò che non si deve che a tempo determinato, non può esigersi prima della scadenza del termine, e accorda al locatore l' esercizio del suo privilegio non solo per le pensioni scadute, ma per quelle altresì da scadere. Di questa deroga fatta dalla legge al principio stabilito coll' articolo 1186 non possono richiamarsi nè il conduttore, nè i creditori di lui. Non il conduttore, perchè se nelle obbligazioni a tempo il termine è in favore del debitore, è pure principio proclamato dall' articolo 1188, che il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, quando si è reso decotto, o quando per fatto proprio ha diminuito le cauzioni che aveva date nel contratto al suo creditore. Non i creditori del conduttore, perchè se vogliono prima del termine dell' affitto la distribuzione del prezzo di quei beni, che la legge grava di privilegio a garanzia delle pigioni e dei fitti,

(1) Troplong, art. 2102, n. 155. Persil, art. 2102, § 1, n. 16. Persil, Questions sur les Privil., chap. 2, § 1.

devono tollerare altresì, che dal prezzo stesso sia dedotta la somma necessaria alla soddisfazione non solo delle pensioni scadute, ma altresì di quelle da scadere, le quali ultime sono, non meno delle prime, un credito certo del locatore, di cui è solo differita la esigenza.

Sebbene adunque l'articolo 2102 accordi al locatore il privilegio in termini generali *per quanto è scaduto ed è per iscadere,* se il contratto di locazione sia per atto autentico, ovvero per iscrittura privata avente data certa, la ragione della legge mostra chiaramente, che il locatore può esercitare il privilegio per le pensioni da scadere nel caso soltanto, in cui trovasi a confronto cogli altri creditori del conduttore, i quali dimandano la vendita e distribuzione del prezzo dei beni, sui quali egli ha privilegio. Lo stesso diritto di privilegio, che è un gius di prelazione, suppone il conflitto e concorso di più creditori sul prezzo di quelle sostanze, sulle quali il privilegio vuolsi esercitare. Quando il locatore è in conflitto col solo conduttore, allora non può domandare la vendita delle cose che sono l'oggetto del suo privilegio, che sino alla concorrenza delle pensioni già scadute, ossia di quel credito, del quale *dies et cessit et venit.* E che la legge accordando al locatore il diritto di essere pagato con privilegio delle pensioni da scadere supponga il conflitto e il concorso di cui si è ora parlato, risulta evidentemente dal diritto concesso agli altri creditori di locare nuovamente la casa o la possessione per il tempo che rimane al termine del contratto, e di convertire a loro vantaggio le pigioni o i fitti.

187. Il contratto di locazione è sinallagmatico o bilaterale, e perciò Giustiniano dà al locatore l'azione *locati* contro il conduttore, e al conduttore l'azione *conducti* contro il locatore: « Competit locatori quidem *locati* actio, conductori vero *conducti.* » (1) Se il conduttore giusta l'articolo 1728 deve pagare il prezzo della locazione, anche il locatore giusta l'articolo 1719 è tenuto per la natura del contratto, e senza bisogno di alcuna speciale stipulazione, di fare che il conduttore ne abbia il pacifico godimento per tutto il tempo della locazione. Se pertanto il locatore, verificandosi un giudizio di concorso o parziale o generale, fu in grazia del suo privilegio soddisfatto di tutto quanto è scaduto ed è per iscadere; vuole giustizia, che il contratto d'af-

(1) Instit., lib. 3, tit. 25, pr.

fitto ottenga altresì il suo adempimento da parte del locatore, il quale deve lasciare al conduttore il pacifico godimento della cosa locata per tutto il tempo che rimane al termine della locazione. E siccome secondo i principj del Diritto e la disposizione dell'articolo 1166 i creditori possono esercitare tutti i diritti ed azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali; siccome secondo la massima proclamata dall'articolo 2093 tutti i beni mobili ed immobili del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori; e d'altra parte l'esercizio del privilegio del locatore riguardo alle pensioni da scadere toglie ai creditori, in grazia di un credito non per anco scaduto, un mezzo di soddisfazione; così la legge per servire alla giustizia, e conciliare tutti i diritti ed interessi, accorda saviamente agli altri creditori del conduttore il diritto di locare nuovamente la casa o la possessione per il tempo che rimane al termine del contratto, e di convertire a loro vantagio le pigioni o i fitti.

188. L'articolo 1717 accorda il diritto al conduttore di sublocare, e di cedere il suo affitto ad un altro, quando tale facoltà non gli sia stata interdetta. Suppongasi che una tale facoltà sia stata nel contratto d'affitto interdetta al conduttore. Non ostante una tale interdizione, i creditori del conduttore, nel caso contemplato dall'articolo 2102, avranno il diritto di locare nuovamente la casa o la possessione per il tempo che rimane al termine del contratto? Non può, anche nel caso ora supposto, negarsi ai creditori del conduttore il diritto che loro accorda l'articolo 2102. Imperocchè un tale diritto è loro concesso dalla legge in termini assoluti e senza alcuna limitazione e senza alcun riguardo ai patti onde fu stipulato il contratto d'affitto, e, quel che più monta, per indennizzarli del danno che loro reca l'esercizio del privilegio del locatore per le pensioni da scadere. Se il locatore non vuole permettere a' creditori la sublocazione dell'immobile, interdetta per patto al conduttore, allora deve limitare l'esercizio del suo privilegio alle pensioni scadute, e all'appoggio degli articoli 1184, 1752, e 1766 domandare la risoluzione del contratto. (1)

189. La legge, che dà ai creditori del conduttore il diritto di locare nuovamente l'immobile per il tempo che rimane al ter-

(1) Troplong, art. 2102, n. 155. Persil, art. 2102, § 1, n. 20. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 90.

mine del contratto, e di convertire a loro vantaggio le pigioni o i fitti, impone loro altresì il peso di pagare al proprietario tuttociò che gli fosse dovuto. Se i creditori sono messi dalla legge nel posto del conduttore con facoltà di esercitarne i diritti, è anche giusto siano obbligati a pagare al locatore tutto che avrebbe dovuto pagare lo stesso conduttore, giusta l'insegnamento dato nella L. 10, D. *De div. reg. jur.*, dal giureconsulto Paolo: « Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. » I creditori non devono aver diritto di giovarsi a loro pro del contratto di affitto stipulato dal loro debitore, se non sottostanno anche alle obbligazioni annesse al contratto.

Intorno a questo punto sorge una difficoltà. Suppongasi che all'epoca del giudizio di concorso siano dovute al locatore due annate di pensioni scadute, e sette avvenire, e che la vendita dei mobili del conduttore basti soltanto a pagare le due annate scadute, e quattro da scadere. I creditori potranno subaffittare per questi soli quattro anni, delle cui pensioni fu il locatore anticipatamente soddisfatto; o pure volendo far uso della facoltà di subaffittare concessa dall' articolo 2102, saranno tenuti a soddisfare il locatore di tutto quanto gli può essere dovuto sino al termine della locazione, e così anche delle ultime tre annate, delle quali non potè essere pagato col prezzo ricavato dalla vendita? Gl' Interpreti non sono su questo punto d'accordo. Il Duranton (1) pensa, che i creditori del conduttore non possono scindere le condizioni del contratto riguardo alla sua durata, e che non può esser lecito ai creditori medesimi ciò che non sarebbe permesso al conduttore. Il Persil al contrario (2) sostiene, che i creditori hanno il peso di pagare al locatore tutto ciò che gli è dovuto, quando vogliano subaffittare per tutto il tempo stabilito per patto alla durata dell'affitto; ma che possono, volendo, limitarsi a subaffittare per quel solo numero d' anni, delle cui pensioni, non iscadute, fu soddisfatto il locatore col prezzo della vendita dei mobili, e che in questo caso non hanno obbligo di fare alcun pagamento allo stesso locatore.

L' opinione del Persil è appoggiata a somma equità; ma mi pare che quella del Duranton s' uniformi più al voto della legge,

(1) N. 91.
(2) Art. 2102, § 1, n. 18.

la quale accorda chiaramente e senza restrizioni e limitazioni il diritto ai creditori di sublocare *col peso però di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto.* Se i creditori vogliono far uso del diritto che l' articolo 2102 loro accorda, non possono sottrarsi al peso che è stato congiunto allo stesso diritto, tanto più che la facoltà di locare di nuovo l' ottengono direttamente dalla legge indipendentemente e senza alcun riguardo, come si disse, ai patti del contratto, e l' hanno anche nel caso in cui per patto fu interdetta al conduttore. Se si nega, dice il Persil, ai creditori la facoltà di subaffittare per le sole annate, delle quali il locatore fu soddisfatto col prezzo ricavato dalla vendita dei mobili, p. e., nel caso da noi supposto pei quattro anni, di cui il locatore ha percepito le pensioni prima della scadenza, a chi in questi quattro anni resterà il godimento del fondo? Non al locatore, perchè sarebbe una evidente ingiustizia, che egli godesse la cosa per quel tempo, delle cui pensioni fu già soddisfatto. Nè pure si dovrebbe il fondo affittato lasciare disabitato, perchè si sacrificherebbe ai capricci del proprietario l' interesse dei creditori. Dunque, conclude il Persil, si deve concedere la detta faccoltà ai creditori del conduttore per non urtare contro i detti due scogli. A me pare che nei detti quattro anni, delle pensioni dei quali il locatore fu soddisfatto prima della scadenza, il fondo resterà, come prima, nelle mani e nel godimento del conduttore. Nè di ciò possono lamentarsi o il locatore o i creditori del conduttore. Non il locatore, perchè è già stato, come si suppone, soddisfatto delle pensioni. Non i creditori del conduttore, perchè sta in loro il fare un nuovo affitto, sì veramente che si assoggettino al peso ad essi imposto dalla legge di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto. D' altra parte i creditori stessi potranno durante il tempo, in cui il conduttore continua nel godimento del fondo, esercitare indipendentemente dall' articolo 2102 quei diritti, che in generale possono esercitare i creditori sui beni tenuti in affitto dal loro debitore, e chiedere il sequestro e la vendita giudiziale dei frutti che il conduttore di mano in mano va raccogliendo.

190. L' articolo 2102 si limita a dire, che i creditori ai quali è accordato il diritto di locare nuovamente la cosa o la possessione, hanno il peso di pagare al proprietario *tutto ciò che gli fosse dovuto*, e nulla prescrive intorno al tempo, in cui dai creditori si debba fare un tal pagamento. Il Duranton da questo si-

lenzio della legge (1) deduce, che i creditori obbligati personalmente al detto pagamento devono godere degli stessi termini accordati nel contratto d'affitto al conduttore, e che il locatore deve contentarsi di quelle cauzioni e garanzie, che gli verranno offerte. A me pare al contrario, che i creditori del conduttore debbano immediatamente pagare al proprietario ciò che gli resta dovuto. Lo stesso silenzio mantenuto dal legislatore riguardo al tempo del pagamento mi sforza a seguire una opinione contraria a quella del Duranton. Imperocchè è regola di diritto nella L. 14, D. *De div. reg. jur.*, stabilita da Pomponio: « In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, præsenti die debetur. » D'altra parte il peso di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto è evidentemente imposto ai creditori del conduttore siccome una di quelle condizioni, che nel linguaggio della Giurisprudenza chiamansi *potestative*, e dall'adempimento delle quali dipende l'esercizio del diritto alle medesime alligato. Il Duranton, per mostrare la giustizia e la equità, onde è dettata la sua opinione, dice che qualora i creditori del conduttore fossero tenuti a pagare immediatamente al proprietario tutto ciò che gli è dovuto, questi col ritirare le pensioni prima della scadenza fissata nel contratto avrebbe un indebito e ingiusto lucro. Confesso che a bella prima questa ragione può tener l'animo assai dubbioso ed incerto; ma alla fine ogni incertezza dileguasi ove si ponga mente, che la legge accorda al locatore, posto in conflitto e in concorso coi creditori del suo conduttore, il diritto di valersi del suo privilegio *per quanto è scaduto ed è per iscadere.* Se il legislatore non giudica cosa iniqua ed ingiusta che il locatore sia pagato col prezzo delle cose, su cui gravita il privilegio, di tutte le pensioni da scadere non ostante i patti e le dilazioni convenute nel rogito o nella scrittura d'affitto, mi pare che la detta obiezione perda ogni forza. Risulta anzi chiaro dalle parole, onde è concepito l'articolo 2102, che il pagamento addossato ai creditori deve essere il compimento ed il pieno saldo di quelle pensioni da scadere, delle quali il locatore per volontà della legge deve essere soddisfatto.

191. L'articolo 2102 accorda gli stessi effetti ai contratti di locazione stipulati per atto autentico, o per iscrittura privata avente data certa. L'atto autentico secondo l'articolo 1317 è

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 91.

quello che è stato ricevuto da pubblici officiali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede nel luogo in cui fu esteso, e colle solennità richieste. Le scritture private poi acquistano data certa giusta l'articolo 1328 dal giorno in cui sono state registrate, dal giorno della morte di colui o di uno di quelli che le hanno sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata da atti stesi da officiali pubblici, come sarebbero i processi verbali di sigillamento o d'inventario. È certo che la scrittura dovrà avere data certa prima del giudizio di concorso, onde il locatore possa godere nell'esercizio del suo privilegio dei pieni effetti attribuiti dall'articolo 2102. Imperocchè qualora bastasse che la scrittura avesse acquistata data certa dopo il giudizio di concorso, sarebbe vana ed illusoria la distinzione tra le scritture aventi data certa e le scritture di data certa mancanti, perchè riuscirebbe troppo facile al locatore dopo l'apertura del giudizio di concorso dar data certa alla scrittura di locazione. (1)

192. Ma basterà che in un momento qualunque anteriore al giudizio di concorso la scrittura di locazione abbia acquistata data certa, perchè il locatore possa godere il privilegio per tutte le pensioni scadute, e così anche per quelle scadute prima del giorno, in cui la scrittura d'affitto acquistò data certa? Se una scrittura d'affitto, p. e., avente la data del 1° gennaio 1848 sarà stata registrata nel 1° gennaio 1851, aprendosi il concorso dei creditori del conduttore in epoca posteriore al 1° gennaio 1851, il locatore potrà esercitare il suo privilegio per tutte le pensioni scadute dal 1° gennaio 1848, o pure dovrà limitare il privilegio alle sole pensioni scadute dal 1° gennaio 1851, epoca in cui la scrittura d'affitto acquistò data certa? Su questo punto non sono d'accordo il Persil e il Duranton. Dice quest'ultimo che l'artic. 2102 non fissa alcun'epoca, in cui la scrittura debba avere data certa, e che perciò il locatore avrà il privilegio per tutte le pensioni scadute dal giorno del contratto, e per tutte le pensioni da scadere, qualunque sia il momento in cui la scrittura acquistò data certa, purchè ciò avvenga prima del giudizio di concorso. (2) Il Persil (3) tiene una opinione contraria, e dice che è mestieri accordar la disposizione dell'articolo 2102, che attribuisce gli stessi ef-

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 89.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 89.
(3) Art. 2102, § 1, n. 15.

fetti agli atti autentici e alle scritture private aventi una data certa, coll'articolo 1328, secondo il quale la data delle scritture private non è computabile riguardo ai terzi che dal giorno in cui divenne certa o colla registrazione o in altro modo. Io non esito ad abbracciare la opinione del Persil. Imperocchè in forza della disposizione del citato articolo 1328 le scritture prima del giorno, in cui acquistarono data certa, si hanno come non esistenti in faccia ai terzi, e la data certa non può dare alle scritture un effetto retroattivo riguardo al tempo corso dal giorno in cui furono fatte a quello in cui la data divenne certa. Non avendo dunque le scritture prima del giorno, in cui acquistarono data certa, nessuna legale esistenza in faccia ai terzi, non possono in alcuna maniera essere il fondamento di un privilegio; e però qualora il contratto d'affitto risulti da una scrittura, che prima del giudizio di concorso acquistò data certa, il locatore avrà il privilegio per le pensioni scadute, facendo tempo non dalla data della scrittura, ma dal giorno in cui la data divenne certa, e così nel caso da noi supposto dal giorno 1° gennaio 1851. (1)

193. Vediamo ora quali siano gli effetti e la estensione del privilegio, quando il contratto d'affitto risulta da scrittura privata mancante di data certa. Tutti i Dottori s'accordano nel dire, che al locatore compete il privilegio per un'annata computabile dalla scadenza dell'anno corrente. Le chiare parole dell'articolo 2102 intorno al privilegio di quest'annata non lasciano luogo ad alcun dubbio. Ma regna gran discordanza tra i Dottori intorno alle annate anteriori a quella, di cui parla espressamente il testo della legge.

Il Troplong, appoggiandosi a un decreto della Corte di Cassazione del 28 luglio 1824, accorda il privilegio al locatore per tutte le pensioni scadute, per l'annata corrente, e per un'annata computabile della scadenza dell'anno corrente. La legge, dice il Troplong, la quale nel caso di affitto risultante da atto autentico o da scrittura avente data certa dà al locatore il privilegio per tutto quanto è scaduto ed è per iscadere, mette un limite, in difetto di atto autentico o di scrittura avente data certa, al privilegio del locatore riguardo alle sole pensioni da scadere, restringendolo alla sola annata computabile dalla scadenza dell'anno corrente. Rispetto alle pensioni scadute l'articolo 2102, contem-

(1) Persil, Questions sur les Priv., chap. 2, § 1.

plando il caso dell' affitto non risultante da atto autentico o da scrittura avente data certa, non restringe il privilegio entro alcun limite. È quindi forza il giudicare, conclude il Troplong, che quanto alle pensioni già scadute anche in difetto di atto autentico o di scrittura avente data certa il locatore ha lo stesso privilegio, di cui gode quando è munito di atto autentico o di scrittura avente data certa, ossia per tutte le pensioni scadute. (1) Il Duranton è della stessa opinione. (2)

Altri Interpreti opinano al contrario, che non si possa assolutamente accordare il privilegio al locatore per le pensioni scadute senza mettersi in manifesta opposizione coll'articolo 2102, il quale nel difetto di atto autentico o di scrittura avente data certa non accorda alcun privilegio alle pensioni scadute. I sostenitori però di quest' ultima opinione, contraria a quella del Troplong e del Duranton, si dividono in due campi.

Alcuni, e di questi è il Persil, (3) pensano, che sebbene l' articolo 2102 non parli che dell' annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente, ciò nullameno deve il privilegio aversi per accordato anche all' annata corrente, sì perchè la notorietà dell' attuale possesso, in cui trovasi il conduttore, supplisce all' autenticità dell' atto, ed esclude ogni pericolo di frodi in danno dei terzi, sì perchè ripugnerebbe che la legge avesse accordato un privilegio per un' annata da scadere, e l' avesse poi negato per quell' annata, in cui il conduttore è nel possesso e godimento dell' affitto.

Altri, e tra questi è il Grenier, (4) pensano che il privilegio si debba limitare alla sola annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente, e non si possa in alcun modo estendere alla pensione dell' anno corrente.

A me pare da preferirsi quest'ultima opinione. L'artic. 2102, volendo determinare l' estensione da darsi al privilegio del locatore, distingue le locazioni stipulate con atto autentico o con scrittura avente data certa da quelle che risultano da scrittura mancante di certa data. Quando si tratta delle prime, accorda il privilegio *per quanto è scaduto ed è per scadere.* Quando si

(1) Art. 2102, n. 156.
(2) N. 92.
(3) Art. 2102, § 1, n. 22.
(4) Traité des Hyp., tome 2, par. 1, chap. 4, § 2, n. 309.

tratta delle seconde, senza far parola delle pensioni scadute, accorda semplicemente il privilegio *per un' annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente*. Io dimando al Troplong ed al Duranton, come a fronte delle chiare ed assolute parole dell' articolo 2102 si possa, nel caso di locazione risultante da scrittura che non ha data certa, attribuire il privilegio al locatore per tutte le pensioni scadute. Se tale fosse stata l' intenzione del legislatore, non si sarebbe limitato a dire che il privilegio compete per un' annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente. Se il legislatore, non contento di avere stabilito essere crediti privilegiati le pigioni ed i fitti degl' immobili, credette necessario dichiarare, che il privilegio compete per tutto quanto è scaduto, quando il contratto risulta da atto autentico o da scrittura avente data certa; molto più avrebbe dovuto dichiarar ciò, quando gli fosse piaciuto estendere il privilegio a tutte le annate scadute anche nel caso di affitto non risultante da atto autentico o da scrittura di data certa, sì perchè gli effetti, che nascono dagli atti autentici o dalle scritture aventi data certa, non derivano sempre dalle scritture mancanti di data certa, sì perchè una tale estensione di privilegio sarebbe stata in opposizione all' articolo 1328, secondo il quale la data delle scritture private non è computabile riguardo ai terzi che dal giorno in cui divenne certa per alcuno dei modi dalla legge determinati. A me pare che il chiaro testo dell' articolo 2102, il quale è in piena armonia coll' articolo citato 1328, sia uno scoglio, al quale rompa irreparabilmente la massima abbracciata dal Troplong e dal Duranton. E ad allontanarmi da questa massima mi muove altresì il principio, tante volte ripetuto dagli stessi Duranton e Troplong, *en cette matière, tout est de droit étroit;* (1) *les privilèges sont de droit étroit.* (2)

Nè pure posso piegarmi alla opinione del Persil, perchè la legge con parole che non lasciano alcuna dubbiezza restringe, nel caso di scrittura mancante di data certa, ad una sola annata il privilegio del locatore, *e per un' annata;* e determina altresì a quale annata il privilegio è accordato, *computabile dalla scadenza dell' anno corrente*. Se fosse vera la opinione del Persil, che cioè avesse diritto di privilegio anche l' annata corrente,

(1) Duranton, n. 59.
(2) Troplong, art. 2101, n. 142.

allora non competerebbe più il privilegio per una sola annata, come vuole la legge, ma per due annate, ossia per la corrente, e per l'altra computabile dalla scadenza dell'anno corrente, e ciò in onta alla volontà chiaramente manifestata dal legislatore. Se la legge avesse voluto favorire di privilegio anche l'annata corrente, avrebbe ciò dichiarato, come ha fatto nell'articolo 2151, dove al creditore inscritto per un capitale che produce interessi accorda il diritto di essere, rapporto ad essi, classificato per due anni *e per l'anno corrente* nello stesso grado in cui è collocata l'ipoteca del capitale. Lo stesso Persil (1) confessa che « à ne consulter que le sens grammatical de l'article 2102, le privilège ne paraît accordé au propriétaire dont le bail est sous signature privée, que pour une année, et cette année serait celle qui devrait suivre l'année courante: ces mots, *pour une année à partir de l'expiration de l'année courante,* ne présentent pas d'autre idée. » Io accetto questa dichiarazione dell'illustre Persil, e gli dimando: a quale disposizione di legge appoggierà dunque il privilegio del locatore per l'annata corrente nel caso di affitto risultante da scrittura mancante di data certa? Non al testo dell'articolo 2102, *E per un' annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente;* perchè per confessione dello stesso Persil le parole ora citate non presentano altra idea che quella del privilegio accordato per una sola annata computabile dalla scadenza dell'anno corrente. Non al testo della parte prima del n° 1° del citato articolo 2102, perchè ivi si contemplano e si determinano i diritti del locatore, il cui affitto risulta da atto autentico o da scrittura avente data certa. Ma soggiunge il Persil, che avendo la legge voluto accordare almeno per un anno anche al locatore, che ha una scrittura mancante di data certa, il privilegio attribuito al locatore, il cui contratto fu stipulato con atto autentico o con scrittura avente data certa, dovea appunto concederlo per l'annata computabile dalla scadenza dell'anno corrente, perchè rispetto all'anno corrente il locatore è nella stessa condizione di quello, il cui affitto risulta da atto autentico, e l'attuale godimento della cosa tenuta in affitto non lascia luogo ad alcun sospetto di frodi. Questa ragione prova tutto al più che la legge avrebbe dovuto concedere il privilegio anche per l'anno corrente, e credo anch'io che allora la disposizione

(1) Art. 2101, § 1, n. 22.

dell' articolo 2102 sarebbe stata più giusta e più equa. Ma altro è disputare, dirò col Romagnosi, (1) in via puramente specolativa, ed altro è disputare in via pratica, e in linea di ragione positiva e concreta. E siccome i privilegi possono solo essere creati dal legislatore, e non dalla interpretazione del Giureconsulto, il quale se non può mai correggere, e supplire ai difetti della legge, molto meno ha tale facoltà nella materia dei privilegi, così io mi limiterò a dimandare se e dove la legge ha accordato il privilegio per l' anno corrente, e finchè non mi si mostra una disposizione, che accordi anche all' anno corrente il privilegio, io starò fermo nella mia negativa. Il Persil dice ancora che rispetto all' anno corrente il locatore, il cui affitto risulta da atto non autentico, non avea bisogno che la legge gli accordasse il privilegio, *ayant la propriété des fruits ou un droit de gage sur les meubles jusqu'au parfait paiement des fermages ou loyers.* Credo di poter rispondere, che quand' anche il proprietario possa vantare rispetto ai frutti il diritto di proprietà, diverso ad ogni modo dal gius di privilegio, non potrebbe mai per l' anno corrente invocare il diritto di pegno sui mobili del conduttore, che gli attribuisce il Persil, perchè un creditore non può mai, per quanto possa essere degno di favore il suo credito, vantare il gius di pegno sulle cose del suo debitore, se non si verificano tutte le condizioni che la legge prescrive negli articoli 2074 e successivi riguardanti la materia del pegno.

194. Le locazioni si possono fare giusta l' articolo 1714 o per scrittura o verbalmente. Quando il contratto è verbale, competeranno al locatore gli stessi diritti che la legge accorda nel caso, in cui il contratto risulta da scrittura mancante di data certa, e in ciò sono d' accordo tutti gl' Interpreti. (2) Imperocchè in faccia ai terzi le scritture mancanti di data certa hanno la stessa forza dei contratti verbali.

195. Quando si tratta di affitto risultante da atto autentico o da scrittura privata avente data certa, se da una parte la legge accorda al locatore il privilegio per le pensioni da scadere, dall' altra concede agli altri creditori il diritto di locare nuovamente la casa o la possessione per il tempo che rimane al termine del contratto. Mi pare che lo stesso diritto debba accordarsi ai cre-

(1) Condotta delle acque, par. 1, lib. 1.
(2) Grenier, par. 1, chap. 4, § 2, n. 309.

ditori del conduttore anche nel caso di affitto verbale o risultante da scrittura non autentica per l'annata computabile dalla scadenza dell'anno corrente, per la quale è concesso il privilegio al locatore. (1) Imperocchè rispetto a quest'annata, per la quale è accordato il privilegio al locatore, la quale essendo computabile dalla scadenza dell'anno corrente è un'annata da scadere, concorrono le stesse ragioni, suggerite dalla giustizia e dalla equità, e dall'eterno principio di ragion naturale e civile, *nemo locupletari debet cum aliena jactura*, le quali mossero il legislatore ad accordare il diritto ai creditori del conduttore, nel caso di affitto risultante da atto autentico o da scrittura avente data certa, di locare nuovamente il fondo, e di convertire a loro vantaggio le pigioni o i fitti. È qui proprio il caso di mettere in pratica la regola data nella L. 13, D. *De legibus*, dal giureconsulto Ulpiano: « Quoties lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cætera, quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri. » Nè a questa interpretazione si oppone la materia dei privilegi, nella quale tutto è di stretto diritto, perchè non si tratta di adottare una interpretazione estensiva di un privilegio, ma invece di impedire il danno che deriva ai creditori del conduttore dall'uso ed esercizio che fa il locatore del suo privilegio. E tale diritto non può negarsi ai creditori anche perchè secondo la massima stabilita dall'articolo 1166 i creditori possono esercitare tutti i diritti del loro debitore, che non siano esclusivamente personali.

196. Resta a dire dei diritti del locatore nel caso di tacita relocazione. La L. 14, D. *Loc. cond.*, stabilisce la seguente regola: « Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare. » Questa legge contempla evidentemente il caso di affitto di un fondo rustico, e l'antecedente L. 13, § 11, dichiara, che il secondo affitto s'intende rinnovato per un solo anno: « Quod autem diximus, *taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri*, ita accipiendum est: ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eamdem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis: et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni præstitutum. » Anche nel caso di affitto di fondo urbano, ha luogo per tacito consenso la rinnovazione del con-

(1) Persil, art. 2102, § 1, n. 23. Duranton, n. 93.

tratto; se non che la citata L. 13, § fin., dispone, che il secondo affitto non s' intende già rinnovato per un anno, ma di giorno in giorno finchè l' inquilino continua ad abitare la casa: « In urbanis autem prædiis alio jure utimur: ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. » Queste ultime parole, *nisi in scriptis* ecc., sono state diversamente spiegate dagli Interpreti. Il Voet, p. e., (1) ne dà la seguente spiegazione: « Nisi scriptura primæ locationis comprehensum fuerit, in quantum temporis spatium censeri deberet tacite repetita conductio, casu quo conductor impleto tempore primæ conductionis in conductione remansisset. » Secondo altri le dette parole significano, che non può aver luogo la tacita relocazione, quando nel primo contratto fu adoperata la scrittura, non già come un mezzo di prova, ma come una condizione stipulata tra le parti. Altri finalmente pensano, che nel caso di affitto di fondo urbano risultante da contratto scritto, la tacita relocazione non dura *prout quisque habitaverit,* ma sì bene per lo stesso tempo convenuto nella scrittura del primo contratto. Che che sia di queste diverse spiegazioni, è certo che le dette parole variamente interpretate si referiscono ad una eccezione, e che la regola generale stabilita dalla detta legge vuole che la relocazione tacita duri finchè l' inquilino colla pazienza del locatore continua ad abitare la casa. L' inquilino ogni giorno che abita la casa, ne ha il godimento pieno, di cui la casa da lui presa in affitto è suscettiva. Al contrario perchè il colono possa raccogliere tutti i frutti naturali e industriali del fondo rustico tenuto in affitto, è mestieri che un anno almeno trascorra. È questa la ragione della differenza del tempo assegnato dalle Leggi Romane alla durata della relocazione tacita dei fondi urbani e rustici. (2) Le Leggi Romane, le quali ammettono la tacita relocazione dei fondi affittati urbani e rustici, determinano anche i diritti che spettano al locatore sulle cose che stavano a garanzia del primo contratto. La L. 16, C. *De loc. et cond.,* dichiara espressamente che continua per tacito consenso la locazione e dura il vincolo del pegno, che stava a garanzia del primo contratto: « tacito consensu eamdem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur. » Sebbene questa legge contempli il

(1) Lib. 19, tit. 2, n. 10.
(2) Voet, lib. 19, tit. 2, n. 10.

caso di un fondo rustico affittato, la regola dalla medesima stabilita, quanto alla continuazione del vincolo del pegno, è la stessa anche nel caso di relocazione di un fondo urbano. Infatti la L. 13, § 11, D. *Locati cond.*, fissa la regola in termini generali, senza alcun riguardo alla qualità del fondo: « Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. » Nè in questa legge, nè nell'altra 16, C. *De loc. et cond.*, si fa differenza tra il pegno tacito e il pegno stipulato nel primo contratto con espressa convenzione. Ma ben fa differenza la citata L. 13, D. *Loc.*, tra il pegno costituito su cose di ragione del conduttore, e il pegno costituito da un terzo a garanzia del primo contratto. Imperocchè non potendosi tener vincolate a pegno le cose di un terzo a garanzia di un secondo contratto, risultante da una tacita convenzione intervenuta tra il locatore ed il conduttore, alla quale il terzo rimase estraneo, la detta L. 13, dopo aver stabilita la regola, che a garanzia del secondo contratto tacitamente rinnovato continua e dura il vincolo dello stesso pegno, che stava a garanzia del primo, soggiugne: « Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: hujus enim novus consensus erit necessarius. »

197. Stabilisce nell'articolo 1759 il Codice Napoleone, quanto alla tacita rinnovazione della locazione dei fondi urbani, che se un inquilino continua nel godimento della casa o dell'appartamento, terminata la locazione fatta per iscritto, senza opposizione per parte del locatore, s'intenderà che la ritenga colle stesse condizioni per il tempo determinato dalla consuetudine dei luoghi; e quanto ai fondi rustici, dispone nell'articolo 1776, che se, allo spirare della locazione fatta con iscrittura, il conduttore continua ed è lasciato in possesso, ne risulta una nuova affittanza, il cui effetto è determinato dall'articolo 1771, e però si reputa fatta pel tempo che è necessario, affinchè il conduttore raccolga tutti i frutti del fondo locato.

198. La tacita relocazione, sebbene sia regolata dagli stessi patti del primo contratto scritto, è un nuovo e secondo contratto appoggiato al tacito consenso delle parti, (1) e non può quindi avere maggiori effetti di quelli che hanno i contratti verbali. Infatti anche il Codice Napoleone nell'articolo 1738 dichiara, che

(1) Pothier, Traité du contrat de louage, par. 6, sect. 1, art. 1, n. 342.

l' effetto della locazione per tacito consenso rinnovata è regolato dall' articolo relativo alle locazioni fatte senza scrittura. Il Troplong, che negli affitti verbali accorda al locatore il pieno privilegio per tutte le pensioni scadute, coerente alla massima per esso sostenuta, attribuisce parimenti al locatore nel caso di tacita relocazione, il privilegio per qualunque pensione scaduta, e criticando una contraria decisione della Corte di Bordeaux del 12 gennajo 1825 dice francamente, che la medesima è fondata sul falso principio, che un contratto verbale non dia privilegio al locatore per le pensioni scadute. (1) Coerenti noi pure alla massima che abbiamo sostenuta, contraria all'opinione del Troplong, allor che si parlò dei diritti del locatore nel caso di affitto verbale o risultante da scrittura senza data certa, non possiamo che far plauso alla lodata decisione, che negò ogni privilegio per le pensioni scadute ad un locatore, il cui affitto era stato tacitamente rinnovato. Imperocchè, essendo il secondo contratto, rinnovato tacitamente, parificato negli effetti al contratto di locazione verbale, il locatore deve avere nell' uno e nell' altro caso gli stessi diritti quanto alle pensioni scadute. Quanto poi alle pensioni da scadere, il Troplong accorda al locatore il privilegio per tutte sino al termine della tacita relocazione, e non fa alcuna differenza, quanto al privilegio del locatore, tra la locazione risultante da atto autentico, e la tacita relocazione. Il principale motivo, dice il Troplong, per cui il legislatore restrinse ad una sola annata da scadere il privilegio del locatore, il cui affitto non risulta da atto autentico, nè da scrittura avente data certa, fu il pericolo che apertosi il giudizio di concorso si stipulasse maliziosamente un lungo numero d' anni alla durata dell' affitto, in danno dei creditori, onde il cumulo delle pensioni da scadere assorbisse l'intero prezzo delle cose sequestrate. Questo pericolo vien meno nel caso di tacita relocazione, perchè dall' una parte la quantità della pensione è determinata dalla scrittura del primo contratto, dall' altra la durata della tacita relocazione è fissata con norme certe dalla legge. Niun campo adunque è lasciato aperto all' arbitrio e alla mala fede del locatore e del conduttore a potere stipular patti in pregiudizio dei creditori; e però devesi accordare al locatore, come nel caso di affitto risultante da atto autentico, il privilegio per tutte le pensioni da scadere sino al termine della tacita relocazione, deter-

(1) Art. 2102, n. 157.

minato o dalla consuetudine dei luoghi, o dal comodo di raccogliere tutti i frutti del fondo locato. Così la ragiona il lodato Troplong, il quale biasima anche in questa parte il già citato decreto della Corte di Bordeaux, la quale nel caso appunto di tacita relocazione accordò al locatore il privilegio per una sola annata da scadere, computabile dalla scadenza dell' anno corrente. A me pare che il decreto della Corte di Bordeaux sia conforme alla legge scritta, e che la opinione abbracciata dal Troplong, il quale attribuisce al locatore nel caso di tacita relocazione gli stessi diritti che derivano da un contratto autentico, sia conforme non già alla legge scritta, ma a quell' idea che avrebbe dovuto il legislatore incarnare con una espressa disposizione; e m' attengo perciò alla decisione della Corte di Bordeaux. Nell' articolo 2102 sono chiaramente distinti i due casi, primieramente il caso di un affitto stipulato con atto autentico o con scrittura privata avente data certa, in secondo luogo il caso in cui non esista contratto autentico, o essendo questo per iscrittura privata, non siavi data certa. In questo secondo caso al locatore è accordato il privilegio *per un' annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente.* Lo stesso Troplong (1) ammette e dichiara che *la tacite reconduction est un nouveau bail que les parties commencent sans écrit, et par un accord volontaire, mais non exprimé.* Se dunque la tacita relocazione è un contratto secondo distinto dal primo, e stipulato senza scrittura, la Corte di Bordeaux ha avuto tutta la ragione di accordare al locatore il privilegio per la sola annata computabile dalla scadenza dell'anno corrente, applicando alla tacita relocazione l' unica disposizione applicabile, quella cioè che contempla i contratti d' affitto non risultanti da atto autentico, nè da scrittura avente data certa.

199. L' azione *locati* è accordata dal Gius Romano al locatore non solo per costringere il conduttore al pagamento delle convenute pensioni, ma altresì per l' adempimento dei patti del contratto e per l' indennizzamento dei danni arrecati. (2) Citerò fra i molti esempj, ch' io potrei addurre, quello che mi fornisce Ulpiano nella L. 13, § 7, D. *Loc. cond.*, il quale contempla il caso di un conduttore che preso dalla paura abbandona il fondo alla licenza dei soldati: « Exercitu veniente, migravit conductor: dein

(1) Art. 2102, n. 157.
(2) Voet, lib. 19, tit. 2, n. 22 e 29.

de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt: si domino non denunciavit, et migravit, ex locato tenebitur: Labeo autem, si resistere potuit, et non resistit, teneri ait. Quæ sententia vera est. Sed et si denunciare non potuit, non puto eum teneri. » Nè si limitano le Leggi Romane ad accordare al locatore l'azione *locati* per tutto ciò che riguarda l'esecuzione del contratto, chè per tutti i titoli, pei quali compete l'azione *locati*, è accordata altresì al locatore la tacita ipoteca sulle stesse cose, che della tacita ipoteca rimangono gravate a garanzia delle pensioni. La L. 2, D. *In quib. caus. pignor. vel hyp. tac. contr.*, non lascia di ciò alcun dubbio: « Pomponius scribit, non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata. »

Non sono diversi i principj del Codice Napoleone. Il conduttore, oltre l'obbligo di pagare il prezzo della locazione nei termini convenuti, ha molte altre obbligazioni, la principale delle quali giusta l'articolo 1728 è quella di servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia, e per l'uso determinato nel contratto, o in mancanza di convenzione, per quello che può presumersi a norma delle circostanze. E però non bastando che il locatore fosse garantito del pagamento delle pensioni, l'articolo 2102 attribuisce al locatore per le riparazioni locative, e per tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto, lo stesso privilegio accordato per le pigioni e per i fitti.

200. Il Pothier (1) fa il dubbio, se il proprietario di un fondo abbia il privilegio per le somministrazioni fatte al conduttore di grani o di altre cose necessarie alla coltivazione del fondo, e fa la seguente distinzione. O il locatore fa tali somministrazioni in esecuzione dei patti stipulati nel contratto d'affitto, e allora non vi può essere alcuna ragione per negare al proprietario il privilegio per le dette somministrazioni, come quelle che fanno parte del contratto. O furono fatte volontariamente, e non punto in grazia di patti stipulati nel contratto d'affitto, e allora dice il Pothier che la difficoltà è seria, perchè il credito dipendente da queste somministrazioni nasce da un contratto di prestito separato e distinto dal contratto d'affitto. Dichiara però lo stesso Pothier, che l'uso ha esteso il privilegio del proprietario anche

(1) Traité du contrat de louage, par. 4, chap. 1, n. 254.

alle dette somministrazioni, sopra tutto quando furono fatte in grani o in altre specie necessarie alla coltivazione del fondo e al buon andamento dell' affittanza.

Anche il Duranton nel titolo *Du louage* (1) tratta questa quistione, e considerando le dette somministrazioni come un credito ordinario, indipendente dal contratto di locazione, nega assolutamente alle medesime il privilegio. Ma lo stesso Duranton tornando su questa medesima questione nel Commento al titolo 18 *Des privilèges* ec. (2) fa la seguente confessione: *en y réfléchissant davantage, nous avons pensé que nous nous étions trompés;* e accorda, ricredendosi della prima opinione, anche per le dette somministrazioni, sebbene siano state fatte volontariamente e indipendentemente dai patti stipulati nel contratto, il privilegio al locatore. Sebbene il locatore, dice il Duranton, non sia costretto dai patti del contratto a fare le dette somministrazioni, è però certo che egli le fa come locatore al suo conduttore, e che punto non le farebbe se non fosse mosso dalla scopo di agevolare al conduttore i mezzi di coltivare il fondo e di dare esecuzione al contratto. Considera pertanto il Duranton le dette somministrazioni come un prestito non avente i caratteri dei prestiti ordinarj, come un prestito fatto dal locatore ad un debitore che veste la qualità di suo conduttore, come un prestito in fine che ha per causa finale l' esecuzione del contratto d' affitto. Anche il Troplong (3) professa questa medesima opinione.

A me pare più conforme alla legge la prima opinione del Duranton. La distinzione che fa il Pothier tra le somministrazioni fatte in grazia dei patti del contratto e quelle fatte indipendentemente dalle stipulazioni onde fu regolato il contratto d' affitto, mi convince che alle prime e non alle seconde può accordarsi il privilegio. Il locatore, che ha fatte le somministrazioni per ubbidire ai patti del contratto, non può non avere anche per queste il privilegio che l' articolo 2102 gli accorda *per tutto ciò che concerne l' esecuzione del contratto.* Ma le altre, che furono fatte indipendentemente dai patti del contratto, qualunque sia lo scopo che nel farle ebbe in mira il locatore, qualunque siano i rapporti tra lui e il conduttore, nati dal vincolo reciproco del contratto

(1) N. 177.
(2) N. 97.
(3) Art. 2102, n. 154.

bilaterale di locazione, sono un prestito ordinario, a cui la sola volontà libera del locatore diede causa, e il contratto di locazione fornì semplicemente la occasione. Dice con molta ragione il Pothier, che *la créance de ces avances naît d'un contrat de prêt, séparé et distingué du bail, et qui n'en fait point partie.* Qualunque fosse adunque l'uso contrario anteriore alla pubblicazione del Codice Napoleone, a cui accennano le parole del Pothier, *néanmoins il paraît que l'usage a étendu à cette créance les droits des seigneurs de métairies,* io penso che alle dette somministrazioni non si possa punto estendere un privilegio che l'articolo 2102 accorda espressamente e tassativamente per le *pigioni ed i fitti, per le riparazioni locative, e per tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto.* E tanto più m'attengo a questa opinione, alla quale se è contraria quella del Troplong e del Duranton, non le manca però l'appoggio dell'autorità del Persil, (1) perchè gli stessi Troplong (2) e Duranton (3) m'insegnano, che *en cette matière, tout est de droit étroit.*

201. Per Gius Romano dal tacito pegno competente al locatore nasceva l'azione reale ipotecaria contro i terzi possessori. E sebbene l'azione *Serviana* fosse introdotta dal Pretore in favore soltanto del locatore di un fondo rurale, (4) è però certo che il locatore di un fondo urbano poteva giovarsi dell'azione *quasi Serviana,* che dalla interpretazione dei Giureconsulti fu ad imitazione e ad esempio dell'azione Pretoria *Serviana* accordata a qualunque creditore ipotecario. Ciò insegna il Vinnio: « De rebus inquilini obligatis actio verbis Edicti proposita non fuit, itaque cum de his rebus agimus, non proprie Serviana experimur, sed quasi Serviana. » (5) Nè è da maravigliare, se il Gius Romano accordava al tacito pegno del locatore l'azione reale ipotecaria, perchè i mobili egualmente che gli immobili erano capaci d'ipoteca.

Il Codice Napoleone non segue la stessa massima. L'ipoteca giusta l'articolo 2114 è un diritto reale costituito essenzialmente sopra beni immobili. L'articolo 2118 dichiara che sono soltanto

(1) Art. 2102, § 1, n. 28.
(2) N. 142.
(3) N. 59.
(4) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7.
(5) Inst., lib. 4, tit. 6, § 7, alle parole *De rebus coloni.*

suscettivi d'ipoteca i beni immobiliari, e l'usufrutto degli stessi beni, e finalmente l'articolo 2119 stabilisce in termini assoluti, che l'ipoteca sopra i mobili non ha luogo. E sebbene i beni mobili capaci siano di privilegio egualmente che gli immobili; e sebbene tutti i privilegi, o siano costituiti sopra beni mobili o sopra beni immobili, siano un diritto reale, come si è detto a suo luogo; ciò nullameno vi è tra gli uni e gli altri questa essenziale differenza, che i privilegi sugli immobili danno contro i terzi possessori la stessa azione reale, che deriva dal gius d'ipoteca; laddove i privilegi radicati su beni mobili non danno alcuna azione reale contro i terzi possessori, e sono esercibili soltanto in concorso del debitore e dei creditori di lui, finchè le cose, che degli stessi privilegi sono il soggetto, rimangono in possesso del debitore. Al principio proclamato dalla Giurisprudenza Francese in favore del commercio, *les meubles n'ont pas de suite,* non si volle, e ben con giustissima ragione, derogare nè pure nel caso dei privilegi sui beni mobili costituiti.

Tuttavia al detto principio i Compilatori del Codice Napoleone hanno fatta una eccezione in favore del locatore, al quale è stato accordato il diritto di rivendicare dalle mani di chiunque le cose gravate di privilegio a garanzia del contratto d'affitto, state traslocate senza il suo assenso. Questo diritto di rivendicazione accordato al locatore non deve confondersi coll'azione di rivendicazione, di cui parla la L. 1, § 1, D. *De rei vindicatione,* competente al proprietario, e derivante dal gius di dominio, di gran lunga diverso dal gius di privilegio. Il diritto di rivendicazione accordato al locatore nè è pure la vera azione ipotecaria competente ai creditori che hanno ipoteca o privilegio su qualche immobile per costringere il terzo possessore o a pagare il debito, o a rilasciare, senza alcuna riserva, l'immobile posseduto. L'azione di rivendicazione accordata al locatore non ha altro scopo che di far ritornare gli oggetti colpiti dal privilegio, e senza il dovuto assenso traslocati, nel luogo e nella condizione, ove prima si trovavano, onde rimangano illesi ed intatti i diritti allo stesso locatore competenti. L'azione di rivendicazione è, piuttosto che l'esercizio del privilegio, un mezzo concesso dalla legge al locatore, ond'egli possa conservare il suo privilegio. (1) Ciò risulta chiaramente dalle parole dell'articolo 2102, *e conserva sopra essi*

(1) Troplong, art. 2102, n. 161.

il suo privilegio, le quali indicano lo scopo a cui mira l'azione di rivendicazione, che è quello appunto di conservare il privilegio, da esercitarsi poi a suo luogo e tempo, giunto il momento, in cui il locatore possa pretendere dal suo conduttore ciò che gli è dovuto.

202. Esamineremo ora brevemente le condizioni richieste all'esercizio di questo diritto al locatore accordato.

Primieramente è necessario, che gli oggetti gravati dal privilegio del locatore siano stati traslocati senza il suo assenso. Chiunque può rinunciare ai diritti proprj, ed anche i privilegi e le ipoteche si estinguono giusta l'articolo 2180 colla rinuncia del creditore al suo diritto. Perciò è requisito essenziale all'esercizio dell'azione di rivendicazione, che i mobili siano stati traslocati senza l'assenso del locatore, a cui il privilegio compete. Sono precise e chiare le parole dell'articolo 2102, *quando siano stati traslocati senza il suo assenso.* Vi ha due maniere di consenso, l'espresso manifestato colla parola, e il tacito manifestato coi fatti, ed è certo che all'uno e all'altro danno egual forza le leggi. Paolo nella L. 2, D. *De pactis,* dice chiaramente: « Etiam tacito consensu convenire intelligitur. » E danno le Leggi Romane tanta efficacia al consenso tacito, che anche i contratti appoggiati al tacito consenso chiamano contratti veri, e li distinguono, non meno di quelli che si fondano in un consenso espresso, dai quasi contratti appoggiati ad un consenso dalla legge presunto. (1) Fra le molte leggi del Diritto Romano, ch'io potrei addurre per mostrare la legale efficacia del tacito consenso, scelgo la L. 26, § 1, D. *De pignor. et hyp.,* la quale vale per tutte, e prova luminosamente che anche negli atti della più grande importanza il tacito consenso, manifestato coi fatti materiali, ha egual forza che l'espresso: « Pater Sejo emancipato filio facile persuasit, ut, quia mutuam quantitatem acciperet a Septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius ejus, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandæ. Quærebatur, an Sejus, inter cetera bona, etiam hanc domum jure optimo possidere possit, cum patris se hereditate abstinuerit; nec metuiri ex hoc solo, quod mandante patre, manu sua perscripsit instrumentum chirographi: cum neque consensum suum accomodaverat patri, aut signo suo aut alia scriptu-

(1) Vinnii Instit., lib. 3, tit. 28, princ.

ra? Modestinus respondit, cum sua manu pignori domum suam futuram Sejus scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est. » Sebbene dunque l'articolo 2102 accordi al locatore l'azione di rivendicazione quando i mobili siano stati traslocati *senza il suo assenso*, si può senza pericolo di errore tenere per certo, che anche un consenso tacito desunto da fatti può bastare ad impedire l'esercizio della rivendicazione, e ciò perchè coi fatti materiali, come insegna il Romagnosi, (1) i quali attestano il tacito consenso, si fonda il diritto come cogli atti espliciti ed espressi. Nè può alcuno stare in forse di questa massima, ove consideri che anche per Gius Romano si ammetteva la tacita rinunzia al diritto di pegno e d'ipoteca. Dà un esempio di tacita rinunzia al diritto di pegno Ulpiano nella L. 41, § 1, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, ove è detto, che il creditore, il quale permette al suo debitore l'alienazione del fondo ipotecato, rinunzia tacitamente al diritto d'ipoteca: « Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det: dicendum erit, pignus liberari. » Paolo spinge anzi la cosa più oltre, e insegna nella L. 12, D. dello stesso titolo, che se un antico creditore ipotecario presta il suo assenso alla ipoteca costituita dal debitore a favore di un terzo, con ciò rinunzia in modo assoluto alla sua ipoteca, e giova quindi al secondo creditore intermedio: « Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri; non etiam tertium in locum ejus successisse; et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. » Se è ammessa la tacita rinunzia della ipoteca, devesi parimenti ammettere, che il locatore sarà impedito dall'esercizio dell'azione di rivendicazione, qualunque volta da un qualche fatto materiale si potrà dedurre, che i mobili furono traslocati col suo assenso. Suppongasi, p. e., che il locatore ajuti dell'opera propria l'inquilino a trasportare fuori della casa i mobili, o che somministri a tal uopo allo stesso inquilino carri e cavalli o buoi. Non è egli chiaro, che si potrà opporre all'azione di rivendicazione mossa dal locatore l'assenso tacitamente prestato al trasporto dei mobili? La L. 8, § 6, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, contemplando il caso della vendita del fondo ipotecato fatta dal debitore coll'assenso del credi-

(1) Condotta delle Acque, par. 1, lib. 2.

tore, dice che *inverecunde applicari sibi eum creditor desiderat.* Per lo stesso motivo si potrà dire che *inverecunde* muove l'azione di rivendicazione quel locatore, al quale si può opporre un qualche fatto, onde si possa trarre argomento dell' assenso da lui prestato al trasporto dei mobili.

203. Il Troplong spinge la cosa al punto da asserire, che la semplice scienza del trasporto dei mobili operato dall' inquilino senza alcun reclamo da parte del locatore, toglie ogni diritto all' esercizio della rivendicazione. (1) Non è dello stesso avviso il Duranton, (2) il quale insegna che il locatore non può avere perduto il diritto di muovere la rivendicazione per non essersi opposto al trasporto dei mobili, del quale ebbe contezza. Anch' io concorro nella opinione del Duranton, chè a quella del Troplong contraddicono le massime stabilite su questo proposito dalle Leggi Romane, e lo stesso articolo 2102. E infatti la L. 8, § 15, D. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.,* insegna in termini chiari ed assoluti, che il creditore, il quale non si oppone alla vendita del fondo ipotecato a sua garanzia, non per questo dà alla vendita il suo assenso: « Non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit: cum ideo passus est venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare; sed si subscripserit forte in tabulis emptionis, consensisse videtur. » Risulta evidentemente da questa legge ora citata, che la semplice scienza del creditore non accompagnata da alcun fatto materiale, che sia indizio certo di volontà, non può aversi per espressione di consentimento alla alienazione. Il creditore, il quale sa che la cosa a sua garanzia ipotecata passa nell' alienatario coi pesi onde è gravata, tace e non fa opposizione, perchè sa che il diritto della sua ipoteca rimane inalterabile non ostante l' alienazione. Non è diverso il caso del locatore. Sapendo questi che all' esercizio della rivendicazione la legge gli assegna un termine, tace e non si cura di fare opposizione al trasporto dei mobili, su cui ha privilegio, sapendo che il suo diritto dura e riman fermo sino alla scadenza del termine, entro il quale gli è lecito intentare la rivendicazione. La L. 2, C. *De remis. pignor.,* all'opinione del Duranton da noi abbracciata dà appoggio e conferma: « Si probaveris te fundum mercatum possessionemque ejus tibi

(1) Art. 2102, n. 163.
(2) N. 102.

traditam, sciente, et consentiente ea, quæ sibi eum a venditore obligatum dicit, exceptione eam removebis. Nam obligatio pignoris consensu et contrahitur, et dissolvitur. » Non basta secondo questa legge che la vendita del fondo sia fatta *sciente ea, quæ sibi eum obligatum dicit,* perchè il pegno sia sciolto; ma è necessario che sia fatta *sciente et consentiente.* So che il Troplong potrebbe oppormi la disposizione della L. 1, C. *De remis. pignor.,* la quale tiene per valida la manumissione del servo ipotecato fatta colla scienza della creditrice: « Si te manumissum, et in libertate moratum, sciente ea, cui pignoris nomine obligatus diceris, Præsidi probaveris: ex consensu creditricis remissam pignoris obligationem apparebit; et per hoc jure manumissum, nec ab herede creditricis in servitutem peti posse, certum est. » Alla obiezione, che potrebbe fare il Troplong appoggiato a questa legge, risponderà per me il Brunemanno, il quale nel suo Commento così spiega la detta legge: « Nuda scientia non sufficit ad hoc, ut creditor pignoris jus remisisse dicatur, sed expresso consensu vel actu opus est, ut quis consensum suum testetur, v. g., subscriptione. Sed exceptiones habentur: 1° In servo pignori dato; nam si hic creditore sciente tantum manumissus sit, pignoris jus remissum. Cujus causa favor libertatis; et quia in servo manumisso non potest hærere jus pignoris. » Dalle quali parole del dottissimo Commentatore, le quali servono a inforzare la massima da noi sostenuta, si deduce, 1° che per regola generale la rinunzia al diritto di pegno si opera solo quando vi concorre o l' assenso espresso del creditore, o un atto materiale che sia indizio certo di consenso; 2° che il caso contemplato dalla citata legge del Codice Giustinianeo è una eccezione alla detta regola generale stabilita in favore della libertà. Non è da stupire, se in favore della manumissione del servo vincolato a pegno la citata L. 1, degli Imperatori Severo e Antonino si contentava della semplice scienza del creditore. Imperocchè in molti casi per favorire le manumissioni e proteggere la libertà le Leggi Romane derogavano a massime e regole generali. Citerò tra gli altri quello di cui parla la L. 6, D. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.,* il quale riguarda il pegno tacito costituito dalla legge a garanzia del locatore sopra i mobili dell' inquilino: « Licet in prædiis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur *invecta et inlata,* ac si specialiter convenisset: certe libertati hujusmodi

pignus non officit. Idque et Pomponius probat: ait enim, manumissioni non officere ob habitationem obligatum. » Sebbene tutte cose dell' inquilino *invecta et inlata* fossero gravate di tacito pegno a garanzia del locatore, non volevano però le Leggi Romane che il vincolo del pegno togliesse al padrone il diritto di donare la libertà ai servi, e tanto era il favore che si accordava alle manumissioni, che nè pure era rispettato il diritto acquisito dal locatore sul servo che veniva manumesso. Del resto le stesse parole dell' articolo 2102 si oppongono alla opinione del Troplong. Imperocchè il detto articolo accorda al locatore la rivendicazione, quando i mobili siano stati traslocati *senza il suo assenso.* Vuole dunque la legge un atto di consenso o espresso o tacito, perchè sia negato al locatore l' esercizio della detta azione. Il consenso include e suppone necessariamente la scienza; ma la scienza non importa e non include il consenso. Il consenso tacito deve risultare, come insegna il già citato Romagnosi, da un fatto materiale, che attesti la volontà di chi lo compie. Il silenzio di chi sa e non si oppone non è un fatto materiale ed esterno, che possa essere considerato come espressione di volontà e di consenso.

204. Alcuni Dottori, e tra questi è il Grenier, (1) pretendono di sostenere, che il locatore non ha l' azione di rivendicazione, sebbene i mobili siano stati traslocati senza il suo assenso, quando siano passati nelle mani di un possessore di buona fede. Dicono questi Dottori, che il conduttore non deve essere spogliato della facoltà di contrattare e di disporre delle sostanze proprie, e che il compratore, che ha i mobili in buona fede acquistati, non deve essere dal locatore molestato. Il Troplong (2) combatte la opinione del Grenier, e si meraviglia anzi come a fronte del chiaro testo dell' articolo 2102 abbia potuto mettersi in campo la distinzione tra possessore di buona e di mala fede. E ben a ragione fa di ciò le meraviglie il Troplong, perchè l' articolo 2102 accorda in termini generali ed assoluti, e senza alcuna limitazione e distinzione il diritto al locatore di rivendicare nel termine stabilito i mobili introdotti nella casa o nel fondo affittato quando siano stati traslocati senza il suo assenso. La legge non si cura dell' interesse del possessore, nelle mani del quale passarono i mobili;

(1) Traité des Hyp., tom. 2, par. 1, chap. 4, § 2, n. 311.
(2) Art. 2102, n. 162.

e siano questi stati acquistati in buona o in mala fede, a titolo lucrativo od oneroso, nulla rileva. Vuole la legge proteggere e difendere il diritto di privilegio da essa accordato al locatore, e come non guarda a chi appartenga la proprietà dei mobili che servono a mobiliare la casa appigionata o l' affittanza, gravandoli di privilegio senza alcun riguardo ai diritti del proprietario, così coll' azione di rivendicazione al locatore concessa mirando a conservare illeso il privilegio già radicato sui mobili traslocati, della buona o mala fede dei terzi, nelle cui mani i mobili stessi passarono, punto non cura. Quando si tratta d' immobili gravati di privilegio o d' ipoteca, forse la buona fede di un compratore può far tacere i diritti dei creditori? No certamente; sia in buona o in mala fede il compratore di un immobile, su cui gravitano privilegi o ipoteche, i creditori conservano i loro diritti come se non avesse avuto luogo l' alienazione. Per la stessa ragione derogando la legge in favore del locatore alla massima, che vieta di agire contro i terzi possessori di mobili, dura e si conserva il privilegio del locatore sui mobili traslocati senza l' assenso di lui sino alla scadenza del termine assegnato all' esercizio dell' azione di rivendicazione; e rimanendo vivo il detto privilegio come se i mobili non fossero stati traslocati, il locatore non può non avere diritto di muovere la rivendicazione contro qualunque possessore, o di buona o di mala fede. Quanto al diritto della rivendicazione, il diritto del locatore è più forte di quello del proprietario. E infatti, tranne il caso di cosa perduta o rubata, il proprietario non può giusta l' articolo 2279 rivendicare i mobili proprj dal terzo possessore, e giusta l' articolo 2280 anche nel caso di cosa rubata o perduta, se l' attuale possessore l' ha comprata in una fiera o mercato, ovvero all' occasione di una vendita pubblica, o da un mercante venditore di simili cose, il proprietario originario non può farsela restituire, se non che rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata. Al contrario il locatore entro i termini fissati dall' articolo 2102 può sempre e contro qualunque detentore rivendicare i mobili che furono traslocati senza il suo assenso. Quando questo diritto assoluto di rivendicazione non fosse stato accordato al locatore, illusorio sarebbe tornato e vano nel più dei casi il privilegio concessogli dalla legge. (1).

205. Perchè il locatore possa intentare l' azione di rivendi-

(1) Duranton, n. 100.

cazione, di cui si ragiona, non basta che i mobili gravati dal privilegio siano stati traslocati senza il suo assenso. È necessario inoltre che l' azione sia proposta nel termine di quaranta giorni, quando si tratti dei mobili di cui è fornita la possessione, e nel termine di giorni quindici, quando si tratti della mobiglia di una casa. La disposizione della legge è chiara e precisa. Dimandano alcuni Interpreti da qual giorno dovranno decorrere i quaranta e i quindici giorni rispettivamente assegnati all' esercizio di detta azione; se dal giorno, in cui furono i mobili traslocati fuori della casa o del fondo, o da quello, in cui il locatore ebbe la scienza di un tale traslocamento operato senza il suo assenso. La prescrizione in genere comincia a correre dal giorno, in cui l' esercizio compete di una azione. Derivando l' azione di rivendicazione, concessa al locatore, dal fatto del traslocamento dei mobili dalla casa appigionata o dal fondo, il termine assegnato all' esercizio della medesima deve cominciare necessariamente dal giorno, in cui un tale traslocamento fu operato, e non da quello della scienza del locatore. (1) D' altra parte, se a prescrivere l' azione di rivendicazione il termine decorresse dalla scienza del locatore, la legge non avrebbe assegnato un diverso termine secondo che trattasi di casa appigionata o di fondo rurale. La diversità del termine stabilito dalla legge è motivata appunto dalla ragione, che i locatori dei fondi rurali, i quali nel più dei casi vivono nelle città lontani dai fondi affittati, non possono sapere in un termine così breve come è quello assegnato nel caso delle case appigionate, il traslocamento dal conduttore operato dei mobili che servivano a guernire l' affittanza. La legge con una di quelle presunzioni che chiamansi *juris et de jure* presume che nel termine di quaranta giorni, se trattasi di fondo rurale, e di quindici se trattasi di fondo urbano, il locatore abbia tutto l' agio e il tempo di essere informato del traslocamento dei mobili; e questo termine sarebbe il più delle volte illusorio e indefinito, quando si volesse far decorrere dal giorno della scienza.

206. Si è fatto il dubbio, se la rivendicazione competerà al locatore anche nel caso che i mobili stati traslocati senza l' assenso di lui siano stati introdotti in un' altra casa o in un altro fondo preso in affitto dallo stesso conduttore. In questo caso ven-

(1) Troplong, art. 2102, n. 161. Duranton, n. 100.

gono a conflitto i due locatori; il primo, dalla casa del quale furono traslocati i mobili, e a cui accorda la legge il diritto di rivendicazione; il secondo, a garanzia del quale rimangono per ministero di legge gravate di privilegio le cose che furono introdotte nella casa o nel fondo, quand'anche appartengano in proprietà ad un terzo. In questo apparente conflitto il diritto di rivendicazione deve rimanere salvo ed illeso al primo locatore, senza il cui assenso furono i mobili traslocati. E infatti l'articolo 2102 accorda al locatore, senza l'assenso del quale i mobili furono traslocati, il diritto di rivendicazione senza alcuna eccezione e limitazione. Non si potrebbe a questa regola generale fare eccezione in favore di un secondo locatore, in casa del quale vennero i mobili trasportati, senza introdurre una limitazione non voluta dal legislatore. Dice chiaramente l'articolo 2102 che quando i mobili furono traslocati senza l'assenso del locatore, questi *conserva sopra essi il suo privilegio*, purchè abbia proposta l'azione per rivendicarli nel termine stabilito. Il secondo locatore acquista dunque il privilegio su cose gravate già di privilegio a favore di un primo locatore, che conserva sopra le medesime il suo diritto per quindici o quaranta giorni, secondo che furono traslocate da un fondo urbano o rustico. Non vi è e non vi può essere propriamente collisione tra i due privilegi. Imperocchè il primo locatore conservando intatto il suo privilegio per tutto il tempo, entro il quale gli è permesso d'intentare l'azione di rivendicazione, il secondo locatore acquista il privilegio sulle cose stesse nella sua casa o nel suo fondo introdotte, salvi i diritti spettanti al primo. Se un creditore acquista un gius d'ipoteca o di privilegio su di un immobile soggetto ad essere risoluto, rimane forse pregiudicato il diritto della persona, a cui compete l'azione di risoluzione? No certamente; e al contrario si fa luogo alla massima: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Così pure il secondo locatore acquista il privilegio sulle cose introdotte dal conduttore nella casa o nel fondo; ma acquista un privilegio subordinato alle conseguenze dell'azione di rivendicazione competente all'altro locatore, dalla casa del quale furono traslocate, un privilegio, dirò così, risolubile in faccia al primo locatore, finchè non è prescritta l'azione di rivendicazione. Il secondo locatore, in casa del quale furono traslocati i mobili, è nella stessa condizione di quel locatore, in casa del quale

furono introdotte cose rubate o perdute, il quale acquista il privilegio salvi i diritti del proprietario, che nel corso di tre anni, da computarsi dal giorno della perdita o del furto, può giusta l' articolo 2279 ripetere la cosa derubata o perduta da qualunque persona presso cui si trovi. Siccome pertanto il secondo locatore, in casa del quale furono introdotti i mobili traslocati senza l'assenso del primo, acquista, come si è detto, il privilegio, salvi gli effetti dell' azione di rivendicazione competente al primo locatore; così è fuori di dubbio, che gli altri creditori del conduttore non potrebbero opporre alcuna valida e ragionevole eccezione al privilegio del secondo locatore, essendo il diritto di rivendicazione esclusivamente competente al primo locatore, dalla casa del quale furono i mobili traslocati. (1)

207. Gl' Interpreti del Diritto Francese fanno la questione, se il locatore possa intentare la rivendicazione, quando il conduttore abbia trasportato fuori della casa o del fondo alcuni mobili, lasciandone però una quantità sufficiente a garantire l'esecuzione del contratto d' affitto. Mi par facile la soluzione di questo quesito. Sebbene l'articolo 2102 accordi al locatore il privilegio *sopra il valore di tutto ciò che serve a mobiliare la casa appigionata, o l'affittanza,* e ciò a garanzia delle pigioni e dei fitti, delle riparazioni locative, e di tutto ciò che concerne l' esecuzione del contratto; ciò nullameno non si deve da ciò trarre la conseguenza, che il conduttore non possa durante l' affitto disporre di alcuna parte dei mobili nella casa appigionata o nell' affittanza introdotti. Quando il locatore si farà a chiedere giudizialmente la vendita dei mobili del conduttore per farsi pagare delle somme a lui dovute dal conduttore, potrà senza dubbio esercitare il suo privilegio sopra tutto che fornisce la casa e il fondo, perchè l'articolo 2102 nulla esclude dal privilegio. Ma durante l'affitto l' estensione dei diritti del locatore deve essere regolata colla misura degli obblighi dall' articolo 1752 imposti al conduttore. Secondo quest' articolo l' inquilino deve fornire la casa di mobili sufficienti. I diritti dunque del locatore rispetto ai mobili del conduttore durante l' affitto non potranno estendersi oltre quella sufficiente garanzia, che il conduttore è obbligato di fornire allo stesso locatore. E però qualunque volta il locatore si opporrà al trasporto di alcuno dei mobili che servono a mobiliare la casa o il

(1) Duranton, n. 101.

fondo, la questione che potrà aver luogo tra lui e il conduttore sarà più di fatto che di diritto. O i mobili che rimangono non sono sufficienti a garantire il locatore della piena esecuzione del contratto, e allora alla sua giusta opposizione farà ragione il Magistrato. O i mobili che rimangono, calcolati tutti i diritti e gli obblighi rispettivamente derivanti dal contratto, sono sufficienti alla garanzia del locatore, e allora questi non ha interesse, e quindi nessun diritto ad opporsi al trasporto di una parte dei mobili. (1) Quando il locatore non ha interesse ad opporsi al detto trasporto, rimanendo pienamente assicurata la sua garanzia coi mobili che rimangono, è legittima la conseguenza che ne deriva, che cioè non ha alcun diritto ed azione per opporsi. Imperocchè la sola ragione naturale, come insegna il Romagnosi, (2) detta il principio ammesso anche in Giurisprudenza, che chi non ha interesse, non ha azione. Nello scioglimento delle questioni di simil genere non bisogna dimenticarsi dell' insegnamento del lodato Romagnosi, (3) che cioè l' opera delle leggi è opera di giovamento e non di tormento; è opera favorevole alla libertà commerciale e alla prosperità individuale; e non opera imponente sacrifizj dolorosi, non veramente necessarj.

208. Molto meno il locatore potrà opporsi alla vendita che fa il negoziante delle merci che guerniscono la bottega o magazzino preso in affitto. Ha certamente il locatore il privilegio sulle dette merci; ma un tale privilegio non può impedire al commerciante conduttore l'esercizio del suo traffico, e nessuna azione di rivendicazione potrebbe muovere il locatore contro i compratori, trattandosi di cose destinate alla vendita e al commercio. In questo caso il locatore non può esercitare maggiori diritti di quelli che vengono determinati dalla L. 34, pr. D. *De pignor. et hyp.*, la quale, sebbene contempli il caso di una ipoteca costituita su una bottega fornita di mercanzie esposte in vendita, è pienamente applicabile altresì al privilegio del locatore. Si dimanda in questa legge, se e quali diritti abbia il creditore sulle mercanzie. Al quesito Scevola risponde: « Ea, quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. » Per la stessa ragione il locatore, che ha certamente un privilegio sulle mer-

(1) Duranton, n. 103.
(2) Condotta delle Acque, par. 1, lib. 1.
(3) Condotta delle Acque, par. 1, lib. 1.

canzie che guerniscono la bottega o magazzino dati in affitto, non potrà agire coll'azione di rivendicazione contro i compratori delle mercanzie. Potrà però lo stesso locatore, giunto il momento, in cui gli sia lecito esigere i suoi crediti, domandare il sequestro e la vendita giudiziale di quelle mercanzie che si trovano nei locali affittati, ed esercitare sul prezzo delle medesime il suo privilegio. È applicabile in questo caso la massima che la L. 9, *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*, stabilisce riguardo ai servi vincolati a tacito pegno a favore del locatore. Questi servi, non ostante il vincolo del tacito pegno a cui erano soggetti, potevano, come fu da noi altra volta osservato, essere manomessi, e per impedire la loro valida manumissione il locatore non avea altro rimedio che di acquistare col mezzo di un sequestro il diritto di ritenzione: « Inhabitantes (cioè i servi abitanti col conduttore nella casa appigionata) manumittimus; scilicet antequam pensionis nomine percludantur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus: et derisus Nerva Jurisconsultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem, liberari posse. » Così nel caso del privilegio del locatore sulle mercanzie che forniscono la bottega o il magazzino, se le mercanzie saranno vendute, il privilegio rimarrà perentoriamente spento, e il locatore per la ragione già detta non potrà contro i compratori esercitare la rivendicazione nè pure nel termine dei 15 giorni. Ma quando il locatore si farà ad esigere i suoi crediti, domandando il sequestro sulle mercanzie attualmente esistenti nella bottega o nel magazzino, acquisterà un diritto di ritenzione, e potrà sul prezzo da ricavarsi dalla vendita, che se ne farà giudizialmente, esercitare il suo privilegio.

209. Prima di terminare la materia del privilegio accordato al locatore, è mestieri esaminare brevemente la questione, che si fa dagli Interpreti del Diritto Francese, se il diritto di rivendicazione competa altresì riguardo ai frutti. Il Persil (1) appoggiandosi alla disposizione dell'articolo 2102, che distingue il privilegio competente sui frutti raccolti nell'anno da quello che gravita sopra ciò che serve a mobiliare la casa o l'affittanza, e soprattutto alle espressioni — *Il proprietario della casa o del fondo affittato può sequestrare i mobili in essi introdotti*,

(1) Art. 2102, § 1, sotto le parole *Le propriétaire peut saisir*, n. 5.

sostiene che il diritto di rivendicazione non compete riguardo ai frutti, anche perchè sono destinati alla vendita ed al commercio. Il Troplong (1) è di contrario avviso. I frutti còlti, egli dice, sono giusta l'articolo 520 beni mobili, e come tali guerniscono anch' essi il fondo affittato. Non vi può dunque essere un giusto motivo di negare rispetto ad essi quel diritto di rivendicazione, che compete al locatore rispetto ai mobili. Ammette però anch' esso il Troplong, che il diritto di rivendicazione non potrà esercitarsi rispetto ai frutti quando siano stati venduti, essendo appunto i frutti di loro natura destinati al commercio e alla vendita.

A ben risolvere questa questione a me par necessario distinguere i frutti degli anni antecedenti dai frutti raccolti nell' anno. Quanto ai primi, si disse che sono soggetti al privilegio come cose mobili che guerniscono il fondo, e però rispetto ad essi mi pare si debba ammettere la opinione del Troplong, perchè se sono soggetti al privilegio non già come frutti nati dal fondo, ma più presto come cose mobili che lo guerniscono, non si può negare rispetto ad essi quel diritto di rivendicazione, che si concede al locatore rispetto agli altri mobili che il fondo stesso guerniscono. O dire che questi frutti degli anni antecedenti non sono soggetti al privilegio del locatore, o, ammettendoli soggetti al detto privilegio come cose mobili che guerniscono il fondo, accordare anche rispetto ad essi al locatore l' azione di rivendicazione che gli compete riguardo alle altre cose mobili. Il qual diritto di rivendicazione però sarà esercibile, come lo stesso Troplong dichiara, entro il termine prescritto dei 40 giorni, sì veramente che non siano passati nelle mani di un terzo compratore. Imperocchè rispetto alle cose di loro natura soggette al commercio ed alla vendita il diritto di rivendicazione non è esercibile, come si disse, contro i terzi compratori.

Quanto poi ai frutti raccolti nell' anno, questi sono soggetti al privilegio non già come mobili che guerniscono il fondo, ma proprio come frutti nati dal fondo stesso, e nominatamente sottoposti dalla legge all' onere del privilegio. Da ciò deriva che i medesimi rimarranno soggetti al privilegio finchè restano nel possesso del conduttore, quand' anche siano stati traslocati fuori

(1) Art. 2102, n. 165.

del fondo, e non avrà quindi il locatore bisogno dell' azione di rivendicazione per conservare il suo privilegio, finchè il conduttore, che li ha trasportati fuori del fondo, ne rimarrà in possesso. Ma se i detti frutti raccolti nell' anno passeranno in mano di altri possessori, allora resterà estinto il privilegio del locatore, e niuna azione di rivendicazione potrà questi intentare per le ragioni dette dal Persil, cioè e perchè si tratta di cose di loro natura destinate alla vendita e al commercio, e perchè l'artic. 2102 limita letteralmente l' azione di rivendicazione alle sole cose mobili, che guerniscono la casa o il fondo, traslocate senza l' assenso del locatore.

210. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nel n° 1° dell' articolo 1971 non fa che ripetere la disposizione del n° 1° dell' articolo 2102 del Codice Napoleone, togliendo però molto saviamente due questioni, a cui questo Codice lasciò luogo. Abbiamo detto, parlando del privilegio del locatore, che si fa questione, se quando non esiste contratto autentico, o, essendo questo per iscrittura privata, non siavi data certa, il locatore abbia privilegio per due annate, cioè per l' annata corrente e per un' altra annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente, o pure per una sola annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ha tolto questo dubbio dichiarando che quando il contratto non sia autentico, o, essendo fatto per privata scrittura, non siavi data certa, il privilegio compete al locatore *per l' annata, e l' altra che siegue da contarsi dallo spirare dell' anno corrente.*

Abbiamo pur parlato dell' altra questione che si fa dagl' Interpreti, se nel caso di subaffitto il locatore primo abbia sui frutti del fondo privilegio per l'intiera somma di cui è creditore, o pure debba restringerlo entro i limiti della pensione convenuta tra il conduttore ed il subconduttore giusta la regola adottata nel caso di subaffitto di un fondo urbano. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ha con una espressa disposizione troncata ancora questa questione, dichiarando che il privilegio accordato al locatore sopra i frutti raccolti nell' anno ha luogo, anche quando i frutti appartengono al subaffittuale; e che al contrario il privilegio sopra il valore di tutto ciò che serve a guarnire la casa, o ad instruire il fondo locato, e di tutto ciò che serve alla coltivazione de' fondi, se tali cose appartengano al subaffittuale, ha

luogo per la sola quantità che questi dee, senza però tenersi conto delle anticipazioni.

211. Il Codice di Parma negli articoli 2134, 2135, 2136, 2137, 2138 ripete, quanto al privilegio accordato al locatore, tutte le disposizioni dell' articolo 2102 del Codice Napoleone. Se non che l'articolo 2102 del Codice Napoleone accorda il privilegio al locatore *sopra i frutti raccolti nell' anno;* e il Codice di Parma, attenendosi con più ragione alla massima stabilita dalla L. 7, D. *In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.,* la quale accorda in termini generali l' ipoteca tacita sui frutti, senza distinguere tra i frutti dell' anno e i frutti degli anni antecedenti, attribuisce al locatore il privilegio non già sopra i frutti raccolti nell'anno, ma *sopra i frutti raccolti dai beni medesimi,* senza alcuna limitazione e distinzione. Le espressioni dell' articolo 2102 del Codice Napoleone — *e per un' annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente,* non sono sembrate ad alcuni abbastanza chiare, i quali hanno creduto poter sostenere, come a suo luogo fu detto, che, non esistendo contratto autentico, o scrittura avente data certa, il locatore ha privilegio per l' anno corrente, e per un' annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente. Nessun pretesto o appiglio a questo dubbio ha lasciato il Codice di Parma, il quale ha dichiarato nell' articolo 2136, che quando non siavi contratto per atto pubblico, o per privata scrittura con data certa, o si tratti di locazione meramente verbale, sono privilegiati i fitti e le pigioni *soltanto per un' annata computabile retroattivamente dal giorno, in cui spira la locazione.*

Il Codice Napoleone non determina, se il locatore possa esercitare il suo privilegio sulle cose del subconduttore, e questo punto, come si disse, è deciso dai Giureconsulti Francesi colla scorta delle Leggi Romane. Il Codice di Parma non ha voluto passarsi di questo dubbio, e coll'articolo 2139 ha stabilito, che il privilegio del locatore si estende eziandio sui frutti raccolti dal suo fondo, e sul valore de' mobili introdotti nella sua casa, o nella sua possessione, anche contro il subconduttore; salvo che questi non faccia costare di aver pagato i fitti o le pigioni al sublocatore senza frode. Il Codice di Parma non ha però, come ha fatto il Codice del Regno delle Due Sicilie, determinato in qual misura ed entro quai limiti il locatore può esercitare il suo privilegio contro e in danno del subconduttore. Ma avendo il Codice

di Parma nella Sezione prima del Capo ottavo, che tratta *delle regole comuni alle locaziani delle case e de' beni rurali*, stabilito coll' articolo 1664, che il subconduttore non è tenuto verso il proprietario che sino al montare del prezzo convenuto nella sublocazione, del quale può essere debitore al tempo del sequestro, che gliene faccia il locatore, senza che possa opporre pagamenti fatti anticipatamente; dal combinato accordo degli articoli 2139 e 1664 risulta chiaramente, che il locatore non può esercitare il privilegio contro il subconduttore oltre i limiti fissati dal debito dello stesso subconduttore, sia che si tratti di affitto di fondo urbano, o di fondo rustico, sia che il privilegio si eserciti sui mobili, o sui frutti.

Anche il Codice di Parma nell' articolo 2141 accorda, come fa il Codice Napoleone nell' articolo 2102, alle somme dovute per le sementi, o per le spese della raccolta dell' annata il privilegio sopra il prezzo dell' istessa raccolta, e a quelle dovute per gli utensigli sopra il prezzo dei medesimi.

Finalmente il Codice di Parma supplendo al vuoto lasciato dal Codice Napoleone dispone nell'articolo 2140, che il proprietario o padrone pe' crediti verso il mezzajuolo ha privilegio sopra le cose tutte de' coloni parziarj esistenti nella casa, o in altro luogo del fondo condotto a mezzadria, e sopra la loro parte di rendite o di frutti.

212. Il Codice del Regno di Sardegna ripete anch' esso nell' articolo 2157, n° 1°, le disposizioni stabilite dall' articolo 2102 del Codice Napoleone in favore dei locatori con alcune poche modificazioni, che brevemente accenneremo. Il Codice Napoleone accorda il privilegio sopra i frutti raccolti nell' anno, ed essendo perciò nato il dubbio, se il locatore nessun diritto di privilegio possa esercitare sopra i frutti degli anni antecedenti, la Giurisprudenza, come si disse, ha stabilito che i frutti degli anni antecedenti rimangono anch' essi colpiti dal privilegio come cose mobili che guerniscono l' affittanza. Questo dubbio è stato tolto dal Codice di Sardegna, il quale accorda il privilegio non solo sovra i frutti raccolti nell' anno, ma anche sopra le derrate esistenti nelle abitazioni e fabbriche annesse ai fondi rustici e provenienti da' fondi medesimi, e sopra il valore di tutto ciò che serve a guernire la casa appigionata, o il fondo affittato, e di tutto ciò che serve alla coltivazione del medesimo. Quando i con-

tratti d' affitto siano per atto autentico, ovvero per iscrittura privata avente data certa, il Codice Napoleone accorda il privilegio per quanto è scaduto ed è per iscadere; laddove il Codice di Sardegna accorda il privilegio nel detto caso per l'anno corrente, e li due antecedenti, e per quanto dee scadere. Mancando un contratto autentico, o non avendo data certa la scrittura, il Codice Napoleone accorda semplicemente il privilegio per un' annata computabile dalla scadenza dell' anno corrente; ed il Codice di Sardegna lo concede per l' annata corrente, e la susseguente. Il Codice Napoleone dà agli altri creditori del conduttore il diritto di locare nuovamente la casa o la possessione per il tempo che rimane al termine del contratto, contemplando il solo caso di un contratto resultante da atto autentico o da scrittura avente data certa; e perciò si è fatto il dubbio, se lo stesso diritto competa ai creditori anche nel caso di affitto risultante da scrittura non avente data certa, il diritto cioè di locare nuovamente la casa o il fondo per l' annata, per la quale al locatore spetta il privilegio. Anche questo dubbio è stato tolto dal Codice di Sardegna, il quale accorda espressamente agli altri creditori il diritto di locare nuovamente la casa o la possessione in entrambi i casi, cioè nel caso dell' esistenza di un contratto autentico o di una scrittura avente data certa per il tempo che rimane sino al termine del contratto, e nell'altro caso per l' anno successivo al corrente. Il Codice Napoleone accorda agli altri creditori il diritto di locare nuovamente la casa o la possessione per il tempo che rimane al termine del contratto, col peso però di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto. Gl' Interpreti del Diritto Francese hanno, come da noi fu accennato, promosso il dubbio, se i creditori debbano immediatamente pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto, o possano fare i pagamenti alle scadenze fissate nel contratto di locazione, offrendogli idonea garanzia. Questo dubbio ancora è stato tolto dal Codice di Sardegna, il quale accorda ai creditori il diritto di locare nuovamente la casa o il fondo, col peso di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto con privilegio, e di cautelarlo inoltre pel credito non ancora scaduto. L'articolo 2102 del Codice Napoleone ha dato luogo al dubbio, se il locatore possa esercitare il suo privilegio su mobili non appartenenti in proprietà al conduttore, e se, ed entro quai limiti,

abbia diritto sui mobili del subconduttore e sui frutti del fondo subaffittato. Anche questi dubbj sono stati tolti dal citato articolo 2157 del Codice di Sardegna, il quale dichiara che il privilegio attribuito al locatore sui mobili che guarniscono la casa od il fondo locato, comprende non solo quelli di pertinenza dell' inquilino od affittuario, e del subinquilino o subaffittuario, ma anche quelli che fossero di proprietà altrui, finchè si trovano nella casa o fondo locato, salvo che si tratti di cose furtive, ovvero sia provato che il locatore fosse informato al tempo dell' introduzione, che la proprietà delle cose introdotte spettava ad altri che al conduttore. Dichiara inoltre che il privilegio sopra i frutti esistenti ha luogo anche quando i frutti appartengono al subaffittuario; e che il privilegio sopra il valore di tutto ciò che serve a guarnire la casa od il fondo locato, e di tutto ciò che serve alla coltivazione de' fondi, se tali cose appartengono al subaffittavolo, ha luogo per la quantità che questi deve, senza tenersi conto delle anticipazioni. Finalmente l' articolo 2102 del Codice Napoleone accorda al locatore in termini assoluti il diritto di rivendicazione nel termine fissato; laddove l' articolo 2157 del Codice di Sardegna accorda al locatore lo stesso diritto di rivendicazione da intentarsi negli stessi termini, senza pregiudizio però dei diritti acquistati da' terzi dopo il trasporto.

213. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj accorda nel n° 5° del § 77 il privilegio al locatore per la corrisposta e per le altre obbligazioni dell' affittuario sui frutti e sulle cose che esistono nel fondo locato; e nell' antecedente n° 4° accorda un eguale privilegio sui frutti e sulle cose esistenti nel fondo enfiteutico al padrone diretto pel canone ad esso dovuto e per le altre obbligazioni risultanti dal contratto. Dichiara poi nel § 80, che dal prezzo dei frutti del fondo enfiteutico o locato si detraggono le spese per la sementa, coltura e raccolto a profitto di coloro, che ne sono creditori; e che dal prezzo dei mobili e degli attrezzi della casa o del fondo rustico si detraggono le spese per l' acquisto o ristauro dei medesimi a profitto egualmente dei creditori rispettivi. Finalmente nel § 81 dispone che i privilegi speciali sui mobili enumerati nel citato § 77, e quindi anche quello del padrone diretto e del locatore, non possono esercitarsi che in virtù di atti o scritture di data certa.

214. Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* accorda nell' articolo 19 un privilegio particolare, 1° al creditore di spese servite per la sementa, e per la raccolta, sui prodotti delle medesime; 2° al proprietario del fondo rustico o urbano per le mercedi e per le pigioni, e per le indennità dovute al locatore per le riparazioni trascurate dal conduttore, e per ogni altro patto del contratto, sopra i frutti dell' anno tanto pendenti che recisi, sulle merci custodite se si tratta di magazzino o taberna, e sopra tutto ciò che serve ad istruire, ed a mobiliare il fondo locato; 3° ai padroni ed ai contadini sulla parte colonica o domenicale, per crediti respettivi dipendenti dalla colonía. Quanto alle mercedi e alle pigioni dovute al proprietario del fondo rustico o urbano, il citato articolo 19 accorda il privilegio per tutte le scadute e da scadere, come fa l' articolo 2102 del Codice Napoleone, quando la locazione risulta da istrumento pubblico o da scrittura privata avente data certa, e per le sole mercedi e pigioni dell' anno corrente, se la locazione risulta da scritta privata non avente data certa, o se la concessione è meramente verbale. Finalmente il detto articolo 19 dispone, che il locatore può egualmente esercitare il privilegio contro il subconduttore dentro la sola misura però della mercede o pigione da quest' ultimo convenuta, non tenendo conto per altro delle anticipazioni pagate.

215. Il Codice di Modena attenendosi strettamente al già citato articolo 2134 del Codice di Parma dispone, quanto al privilegio del locatore, nell'articolo 2128 ciò che segue: « *Hanno speciale privilegio le pigioni ed i fitti scaduti, o da scadere, de' beni stabili sopra i frutti raccolti dai beni medesimi, e sopra il valore di ciò che serve a fornire il fondo affittato, ed alla coltivazione del medesimo, e a mobiliare la casa appigionata.*

» *Ciò ha luogo, quando i contratti di locazione sieno fatti per atto pubblico, o per privata scrittura che abbia una data certa.* » Intorno a quest' articolo non abbiamo alcuna osservazione a fare, perchè non è diverso dall' articolo 2102 del Codice Napoleone, se non in quanto grava di privilegio non già i frutti raccolti nell' anno, ma in genere i frutti dei fondi, senza riguardo al tempo, in cui furono raccolti.

Col successivo articolo 2129 accorda ai creditori del conduttore lo stesso diritto che loro accorda il Codice Napoleone di affittare nuovamente la casa o il fondo: « *Quando a termini del*

precedente articolo sussista il privilegio a favore del locatore, gli altri creditori hanno il diritto di affittare nuovamente la casa, o la possessione pel tempo che rimane al termine del contratto, e di convertire a loro vantaggio le pigioni o i fitti, col carico di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto. »
I Compilatori del nuovo Codice di Modena non avendo dichiarato, se i creditori, che intendono di giovarsi del benefizio accordato dall'articolo 2129, possano godere pel pagamento dovuto al proprietario delle dilazioni risultanti dal primo contratto d'affitto, hanno lasciato vivo lo stesso dubbio che si fa dagl'Interpreti Francesi, intorno al quale non abbiamo che a ripetere ciò che si disse sotto il n° 190. Questo dubbio fu tolto dall'articolo 2157 del Codice di Sardegna, il quale, come si avvertì, addossa ai creditori del conduttore il peso di pagare al proprietario tutto ciò che gli fosse dovuto con privilegio, e di cautelarlo inoltre pel credito non ancora scaduto.

Nell'articolo 2130 togliendo il Codice di Modena il dubbio che si fa dagl'Interpreti del Codice Napoleone, se nel caso di affitto risultante da contratto non autentico il locatore abbia il privilegio per l'anno corrente, attenendosi agli articoli 1971 del Codice delle Due Sicilie, e 2157 del Codice di Sardegna, dispone: « *Quando però non siavi contratto per atto pubblico, o per privata scrittura con data certa, o si tratti di locazione meramente verbale, sono privilegiati i fitti e le pigioni sopra i frutti e mobili, di cui all'articolo 2128, soltanto per l'anno in corso, e per l'anno immediatamente successivo.* »

L'articolo 2102 del Codice Napoleone accorda al locatore lo stesso privilegio, che viene attribuito alle pigioni ed ai fitti, per le riparazioni locative, e per tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto. Adottando la stessa massima il Codice di Modena coll'articolo 2131, che è pienamente conforme all'articolo 2137 del Codice di Parma, dispone: « *Godono dello stesso privilegio delle pigioni e dei fitti i crediti del locatore derivanti da non esecuzione di contratto per parte dell'inquilino o conduttore.* »

Quanto al diritto di rivendicazione, coll'articolo 2132 vengono accordati al locatore gli stessi diritti che gli accorda il Codice Napoleone: « *Il locatore può sequestrare i mobili ond'è fornita la sua casa, o il fondo affittato, quando sieno stati esportati senza il suo assenso, e conserva sopra essi il privilegio,*

purchè abbia proposta l' azione per rivendicarli nel termine di quaranta giorni, allorchè si tratti de' mobili, di cui è fornita la possessione, o nel termine di giorni quindici, se si tratti di mobili di una casa. »

Non ha il Codice di Modena lasciato indeciso il dubbio, come ha fatto il Codice Napoleone, se il locatore abbia diritto di esercitare il privilegio sulle cose del subconduttore, e attenendosi all' articolo 2139 del Codice di Parma dispone nell' articolo 2133 ciò che segue: « *Il privilegio del locatore si estende eziandio sui frutti raccolti dal suo fondo, e sui mobili introdotti nella sua casa, o possessione, anche contro il subconduttore, salvo che questi non faccia constare di aver pagato i fitti o le pigioni al sublocatore senza frode.*

» *Si ritiene però fatta in frode qualunque anticipazione contraria alle consuetudini del paese.* » Sebbene il citato articolo 2133 non determini entro quai limiti il locatore possa esercitare il suo privilegio contro il subconduttore, ciò nullameno, per le stesse osservazioni fatte sotto il n° 211 intorno all' articolo 2139 del Codice di Parma, si può tenere per certo che il locatore, sia che si tratti di frutti raccolti dal fondo, o di mobili introdotti nella sua casa o possessione, non può mai esercitare il privilegio contro il subconduttore se non sino alla concorrenza della somma dal medesimo subconduttore dovuta. E infatti, se giusta il detto articolo 2133 il subconduttore molestato può far tacere il privilegio del locatore, ed opporsi all' esercizio del medesimo, ove faccia constare di aver pagato i fitti o le pigioni senza frode al sublocatore; se, quando il debito del subconduttore fu in buona fede estinto nelle mani del sublocatore, il locatore perde il diritto di recar molestie coll' esercizio del suo privilegio al subconduttore, si può con tutta certezza concludere, che l' esercizio del privilegio del locatore in faccia al subconduttore è subordinato alla sussistenza del debito dello stesso subconduttore. Che se è subordinato alla sussistenza del debito del subconduttore, è chiaro che il privilegio del locatore non potrà mai essere esercitato oltre i limiti della quantità del debito dello stesso subconduttore. Da altra parte ogni dubbio, se mai alcuno rimanesse ancora in forse, è tolto dall' articolo 1678 dello stesso Codice di Modena, il quale contemplando le locazioni tanto delle case quanto dei beni rustici dispone, che il subconduttore non è tenuto verso il proprietario

se non che sino all' ammontare della pensione convenuta nella sublocazione, della quale può essere debitore al tempo del sequestro, che gliene faccia il locatore, senza che possa opporre pagamenti fatti anticipatamente.

Come il Codice di Parma nell' articolo 2140 accorda lo stesso privilegio del locatore al padrone pe' crediti verso il mezzaiuolo, così anche il Codice di Modena nell' articolo 2134, ad imitazione del detto articolo del Codice di Parma, dispone: « *Il proprietario, o il padrone, pei crediti di colonia verso il colono, ha privilegio sopra le cose tutte del colono stesso esistenti nella casa, o in altro luogo del fondo tenuto a colonia, e sopra la sua parte di rendite, o di frutti, a termini dell' articolo* 1799. » Il quale articolo 1799 dispone appunto, che sopra le robe tutte de' coloni esistenti nella casa o in altro luogo del fondo, e sovra la loro parte di frutti o di utili sui bestiami, spetta al padrone per crediti di colonia la prelazione ad ogni altro creditore, quantunque anteriore, ed anche privilegiato, salvo solo il disposto dell' articolo 2151, che preferisce al locatore ed al padrone i creditori per le sementi e per le spese della raccolta e della coltivazione, e per gli utensili alla coltivazione necessarj.

Finalmente anche il Codice di Modena ripetendo la massima stabilita dall' articolo 2102 del Codice Napoleone, e dall' articolo 2141 del Codice di Parma, dispone nell' articolo 2135: « *Le somme dovute per le sementi, o per le spese della raccolta dell' annata, sono privilegiate sul prezzo dell' istessa raccolta, e quelle dovute per gli utensili, sopra il prezzo de' medesimi, salvo il disposto nell' articolo* 2151. »

2. *Il credito sopra il pegno.*

216. Il pegno è da Giustiniano (1) annoverato tra i contratti *reali*, che dalla tradizione ricevono perfezione e compimento: « Creditor, qui pignus accepit, re obligatur. » In grazia della tradizione che dà al pegno il carattere di contratto reale, il pegno è diverso dalla ipoteca, la quale è dalle Leggi Romane considerata un semplice patto confermato dall' autorità Pretoria, e però chiamato *legittimo*, che si perfeziona col nudo consenso senza la necessità della tradizione. La L. 9, § 2, D. *De pignorat. act.*, indica colle seguenti brevi parole la differenza tra il pegno e la ipoteca:

(1) Instit., lib. 2, tit. 15, § 4.

« Proprie *pignus* dicimus, quod ad creditorem transit; *hypothecam*, cum non transit nec possessio ad creditorem. » Ma questa differenza tra il pegno e la ipoteca non tocca la sostanza del diritto. Imperocchè sì dal pegno come dalla ipoteca nasce lo stesso diritto reale, che attribuisce al creditore l'azione reale ipotecaria o *quasi Serviana*. Egli è per ciò che Giustiniano (1) insegna: « Inter pignus et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. »

217. Anche il Codice Napoleone vuole nel contratto di pegno la tradizione della cosa. In due cose però principalmente il contratto di pegno del Codice Napoleone differisce dal contratto romano di pegno. Primieramente per Gius Romano il consenso, che in ogni contratto deve necessariamente aver luogo, poteva essere espresso in qualsiasi modo. Nel pegno e nella ipoteca la scrittura non era necessaria alla validità del contratto, e si adoperava pel fine dalla L. 41, D. *De pignor. et hyp.*, indicato: « Fiunt de his scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit. » Al contrario secondo l'articolo 2074 del Codice Napoleone il pegno non ha efficacia in faccia ai terzi, quando si tratti di oggetto eccedente il valore di cento cinquanta lire, che quando vi è un atto pubblico o scrittura privata, debitamente registrata, che contenga la dichiarazione della somma dovuta, come pure della specie e natura delle cose date in pegno, o che vi sia annesso uno stato della loro qualità, peso e misura. In secondo luogo per Gius Romano dal pegno e dalla ipoteca nascevano gli stessi diritti ed effetti uguali. Imperocchè, sebbene dal contratto di pegno derivassero due azioni personali, l'una detta *pignoratizia diretta*, a cui allude la L. 40, § 2, D. *De pignorat. act.*, l'altra *pignoratizia contraria*, a cui si riferisce la L. 7, C. *De pignor. act.*, tutte proprie del contratto reale di pegno, queste azioni non hanno a confondersi colla vera azione reale ipotecaria derivante dal diritto *in re* costituito sulla cosa data in pegno, e comune al pegno ed alla ipoteca. Pegno ed ipoteca quanto al diritto reale e all'azione reale ipotecaria erano la stessa cosa; e però parlando Giustiniano (2) dell'azione reale ipotecaria chiamata *quasi Serviana* dice appunto: « Quasi Serviana est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. » Non è così

(1) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7.
(2) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7.

secondo il Codice Napoleone, il quale conferisce al creditore pignoratario un diritto di privilegio sulla cosa data in pegno, essenzialmente diverso dal diritto d' ipoteca. Ciò risulta chiaramente dall' articolo 2073, il quale dichiara che il pegno dà al creditore il diritto di farsi pagare sulla cosa pignorata, con privilegio e prelazione agli altri creditori. L' articolo 2102 inoltre, che fa l'enumerazione dei privilegi sopra determinati mobili, mette nel nº 2º tra i crediti privilegiati quello sopra il pegno, di cui il creditore si trova in possesso. E riguardo a questo privilegio accordato al pegno, si scosta il Codice Napoleone dalla definizione del privilegio data nell' articolo 2095, ove è detto che il privilegio è un diritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore per essere preferito agli altri creditori. Il privilegio accordato al pegno non è certamente attribuito alla qualità del credito, perchè si può dare un pegno a garanzia di qualsiasi credito di qualunque indole e natura giusta il principio nella L. 5, D. *De pignor. et hyp.*, stabilito da Marciano: « Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacumque obligatione. » Il pegno è un contratto speciale, con cui il debitore dà al suo creditore una cosa mobile per sicurezza del credito. Il Codice Napoleone ha voluto favorire questo contratto, il quale è essenzialmente accessorio di una obbligazione principale, e ha convertito in privilegio quel diritto reale, che per Diritto Romano derivava dal contratto reale di pegno.

218. Esaminiamo ora brevemente le condizioni che devono verificarsi, onde il pegno conferisca al creditore il privilegio. Due sono le condizioni principali e proprie di questo contratto. Primieramente è necessario, come si accennò già, che un atto pubblico o scrittura privata, debitamente registrata, contenga la dichiarazione della somma dovuta, come pure della specie e natura delle cose date in pegno. Questa condizione è rigorosamente prescritta dall' articolo 2074, e senza di essa il privilegio non ha luogo, quando però si tratti di oggetto eccedente il valore di 150 lire. Il Codice Napoleone, il quale nell' articolo 2129 dichiara nulla e di niun effetto qualunque ipoteca convenzionale non risultante da atto autentico, vuole che anche il contratto di pegno risulti da atto pubblico o da scrittura privata debitamente registrata. Se il creditore pignoratario intende far uso del pegno in faccia al solo debitore pignorante, il pegno sarà valido anche

senza la solennità dell' atto autentico o della scrittura registrata, (1) solennità dalla legge prescritta non per l' interesse del debitore, ma dei terzi; e il debitore il quale osasse impugnare la validità del pegno opponendo il difetto di forma onde fu costituito, sarebbe giustamente respinto coll' eccezione di dolo. Ma in faccia ai terzi il creditore pignoratario non può esercitare alcun privilegio, se il contratto di pegno non fu stipulato nelle forme dalla legge prescritte. Gli articoli 2073 e 2074 non lasciano di ciò alcun dubbio. Stabilisce il primo che il pegno conferisce al creditore il diritto di farsi pagare sulla cosa pignorata *con privilegio e prelazione agli altri creditori,* e soggiugne il secondo che questo privilegio non ha luogo che quando vi è un atto pubblico o scrittura debitamente registrata che contenga le dichiarazioni nello stesso articolo 2074 prescritte. Che se sia il pegno costituito sopra mobili incorporali, come sono appunto i crediti mobiliari, anche in questo caso deve risultare, giusta l' articolo 2075, da un atto pubblico o da scrittura privata registrata. E siccome l' articolo 2075 non ripete la limitazione fatta nell' antecedente articolo 2074 rispetto al pegno costituito sopra un oggetto non eccedente il valore di 150 lire; così è a tenersi che nel caso di pegno costituito sopra mobili incorporali l' atto pubblico o la scrittura privata registrata sono sempre in qualunque caso richieste, sia che il credito dato in pegno ecceda il valore di 150 lire, sia che di detto valore sia minore, (2) onde il privilegio abbia luogo.

Quando si tratta di pegno costituito sopra mobili incorporali, l' articolo citato 2075 non si contenta che il pegno risulti da un atto pubblico o da scrittura privata registrata; vuole ancora che l' atto o scrittura sia notificata al debitore del credito dato in pegno. Uguale prescrizione è fatta al cessionario dall' articolo 1690, il quale dichiara che il cessionario non ha diritto verso i terzi, che dopo fatta la denunzia al debitore della seguita cessione. Quest' articolo però 1690 soggiugne, che anche nel difetto della prescritta denunzia, il cessionario può avere lo stesso diritto, quando il debitore abbia accettata la cessione con un atto autentico. Se questa accettazione del debitore ceduto fatta per

(1) Annali di Giurisprudenza Toscana, An. 1841, pag. 635, par. 1. Dec. della Corte di Cassaz. di Firenze, 21 settembre 1841.

(2) Duranton, liv. 3, tit. 17, Du nantissement, n. 524.

atto autentico vale al cessionario, e rende superflua la prescritta denunzia; potremo per identità di ragione tenere per fermo, che l'accettazione, o, per meglio dire, il riconoscimento del pegno fatto per atto autentico dal debitore del credito dato in pegno supplirà efficacemente alla notificazione prescritta dall'articolo 2075. Imperocchè una tale accettazione equivale ad una giudiziale notificazione, e il voto della legge rimane nella stessa maniera adempiuto. (1)

219. La seconda condizione voluta dalla legge per la validità ed efficacia del pegno è la tradizione della cosa mobile che forma il soggetto del pegno. Nella L. 1, *D. De pignor. act.*, Ulpiano stabilisce la seguente regola generale: « Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. » Colle prime parole *non sola traditione* allude al contratto reale di pegno, colle seconde *etiam nuda conventione* al patto della ipoteca, che di tradizione non avea bisogno. Il pegno apparteneva appunto alla classe dei contratti chiamati *reali*, e si distingueva per ciò dai contratti *consensuali*, dai contratti *verbali* e dai contratti *letterali*, perchè la tradizione della cosa nelle mani del creditore era essenzialmente necessaria alla validità e perfezione del contratto. In ciò il Codice Napoleone s'accorda col Diritto Romano. Infatti l'articolo 2071 definisce il pegno in genere *un contratto, con cui il debitore dà al suo creditore una cosa per sicurezza del credito;* e l'articolo 2076 stabilisce in termini assoluti, che il privilegio non sussiste sul pegno, se non in quanto lo stesso pegno sia stato consegnato.

220. La tradizione pel Gius Romano può essere reale o vera, a cui allude il § 40, *Inst.* lib. 2, tit. 1; o fatta *brevi manu,* quando la cosa che si deve consegnare è già in mano di quello a cui si deve fare la tradizione per un titolo diverso, e a questa maniera di tradizione allude il § 44 del citato titolo delle Istituzioni di Giustiniano; e finalmente simbolica, quando si opera col mezzo di qualche segno, e a questa accenna il successivo § 45 del citato titolo. Anche il Codice Napoleone nel Capo che tratta *Delle obbligazioni del venditore,* e precisamente nell'articolo 1606, dichiara, che la tradizione degli effetti mobiliari si compie, o colla loro consegna reale, o colla consegna delle chiavi degli edifizj che li contengono, o anche col solo consenso delle parti, se la

(1) Duranton, liv. 3, tit. 17, Du nantissement, n. 524.

traslazione non può eseguirsi al tempo della vendita, oppure se il compratore li aveva già in suo potere in dipendenza d' altro titolo. La tradizione pertanto, che deve aver luogo nel contratto di pegno, dovrà sempre essere fatta colla consegna reale dell'oggetto dato in pegno, o pure potrà anche essere validamente ed efficacemente fatta con alcuno degli altri modi di tradizione indicati dal citato articolo 1606? Se il creditore pignoratario avrà già in suo potere per altro titolo l' oggetto datogli in pegno, allora è troppo chiaro che la tradizione chiamata *brevi manu* dagli antichi Giureconsulti non può non soddisfare al voto della legge, e tiene luogo di tradizione reale. Ma non può dirsi lo stesso dell' altro modo di tradizione che si compie colla consegna delle chiavi degli edifizj che contengono gli effetti mobiliari dati in pegno. Il Duranton (1) appoggiandosi al citato articolo 1606 ammette che nel contratto di pegno si possa validamente fare la tradizione colla consegna delle chiavi degli edifizj che contengono gli oggetti dati in pegno. Io non sono di quest' avviso. L' articolo 1606, che è sotto il Capo, il quale tratta *Delle obbligazioni del venditore*, si riferisce alla tradizione della cosa venduta, che è una delle due obbligazioni principali che l' articolo 1603 addossa al venditore. Siccome la vendita giusta l' articolo 1583 è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che siasi convenuto su la cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, così non è da stupire, se la legge si contenta di una tradizione finta, e persino ha per fatta la tradizione col solo consenso delle parti, se la tradizione non può eseguirsi al tempo della vendita. Ma nel pegno tutto il fondamento del privilegio è il possesso materiale che ha il creditore della cosa data in pegno, e l' articolo 2076 dichiara apertamente che il privilegio non sussiste sul pegno, se non in quanto lo stesso pegno sia stato consegnato e sia rimasto in potere del creditore, o di un terzo eletto dalle parti. Essendo il possesso del pegno l' unico titolo, e la causa unica del privilegio, essendo la tradizione o consegna prescritta come condizione, da cui dipende la vita del privilegio, una tradizione vera e reale può solo soddisfare al voto della legge. È grande l' affinità che passa tra il contratto di pegno e quello di deposito, non già quanto ai diritti che dall' uno e dall' altro

(1) Liv. 3, tit. 17, n. 531.

derivano, ma quanto al modo onde si perfezionano, per cui sono annoverati amendue dal Gius Romano tra i contratti *reali*. E però pare a me che sul punto della tradizione più presto che le disposizioni proprie del contratto di vendita si debbano applicare al pegno quelle che regolano il contratto di deposito, il quale non è perfetto giusta l'articolo 1919 che colla tradizione. Nel contratto di deposito forse una qualunque maniera di tradizione finta o simbolica può bastare? No. La tradizione finta basta, giusta l'articolo 1919, nel caso in cui la cosa che si conviene di lasciare in deposito, fosse già presso il depositario per qualche altro titolo. Per la stessa ragione io penso, che anche nel pegno, nel quale la tradizione è un requisito e una condizione essenziale e rigorosamente necessaria, la tradizione finta possa bastare nel caso soltanto, in cui la cosa che si conviene di dare in pegno fosse già per qualche altro titolo, p. e., di deposito o di comodato, nelle mani del creditore pignoratario, ossia in quel caso a cui nella L. 9, § 1, D. *De Public. in rem act.*, accenna Ulpiano: « Si quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam; pro tradita erit accipienda, si post emtionem apud eum remansit. »

Dopo di avere il Codice Napoleone negli articoli 2074 e 2075 prescritta la forma da osservarsi nel contratto di pegno costituito su beni mobili corporali o sopra mobili incorporali, nel successivo articolo 2076 dichiara che *in ogni caso* il privilegio non sussiste sul pegno, se non in quanto lo stesso pegno sia stato consegnato. L'obbligo dunque della consegna e tradizione abbraccia ogni specie di pegno, ed è quindi comune al pegno costituito tanto sui mobili corporali, quanto sui mobili incorporali; e in quest' ultimo caso la consegna si farà nel modo prescritto dall'articolo 1689, ossia mediante la consegna del documento che comprova il credito dato in pegno.

221. Ma non basta che il pegno sia stato consegnato; è necessario ancora giusta l'articolo 2076, che sia rimasto in potere del creditore, o di un terzo eletto dalle parti. È certo che l'antica azione *quasi Serviana* introdotta, come altra volta si accennò, ad imitazione dell' azione Pretoria *Serviana* competeva contro i terzi possessori tanto al creditore ipotecario, quanto al creditore pignoratario. Perciò la L. 18, C. *De pignor. et hyp.*, stabilisce la massima generale: « Pignoris vel hypothecæ persecutio in rem

est. » Non lascia di questa verità alcun dubbio il Vinnio, il quale commentando le parole *utraque hac appellatione* ecc. del § 7, lib. 4, tit. 6, delle Istituzioni Giustinianee, intorno all' azione quasi Serviana, insegna: « Quippe quæ actio, et si quod commodum ei adhæret, creditori competit, tam pro pignore proprie dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quam pro hypotheca, ita ut effectu juris non differant. » La cosa procede altrimenti sotto il regime del Codice Napoleone, il quale avendo proclamato i principj che l' ipoteca sopra i mobili non ha luogo, e che riguardo ai mobili, il possesso produce l' effetto stesso del titolo, dà forza al privilegio del creditore pignoratario, finchè questi, o il terzo eletto dalle parti conservano il possesso del pegno. È ciò chiaramente stabilito dall' articolo 2076, secondo il quale il privilegio non sussiste se non in quanto il pegno, già consegnato, *sia rimasto in potere del creditore o di un terzo eletto dalle parti;* e con quest' articolo s' accorda la disposizione dell' articolo 2102, il quale dichiara nel n° 2° privilegiato il credito sopra il pegno, *di cui il creditore si trova in possesso.* Quando il creditore pignoratario perde per qualsiasi titolo il possesso della cosa ricevuta in pegno, il privilegio si estingue, nè alcuna azione ha il creditore contro i terzi possessori del pegno. Siccome il privilegio, di cui ora si parla, non è accordato alla qualità del credito, ma in favore del contratto accessorio di pegno, che dal possesso trae vita e forza, così mancando al creditore il possesso, gli vien meno la causa e il titolo del suo privilegio, che necessariamente svanisce e si estingue. L' esistenza del privilegio derivante dal pegno è legata alla attualità del possesso della cosa data in pegno nelle mani del creditore o del terzo eletto dalle parti. Quando viene a mancare la condizione del possesso, vien meno l' unico elemento di vita del privilegio.

222. Competerà almeno al creditore pignoratario, che perde il possesso del pegno, per conservare il privilegio l' azione di rivendicazione concessa dall' articolo 2102 al locatore? Alcuni Interpreti ciò sostengono. È certamente molto diversa l' azione di rivendicazione dall' azione ipotecaria esercibile contro i terzi possessori. Questa non può assolutamente competere al creditore pignoratario per esercitare contro i terzi possessori del pegno il suo privilegio per le ragioni già dette. L' azione di rivendicazione concessa al locatore non è propriamente l'esercizio del privilegio, non è

l'esercizio dell'azione ipotecaria, è un'azione che tende a far rientrare i mobili nel luogo ove prima si trovavano, onde il locatore possa conservare sopra essi il suo privilegio. Ma siccome l'azione di rivendicazione accordata al locatore, e le condizioni, a cui l'esercizio dell'azione stessa è alligato, riguardano il solo locatore, così io penso col Persil, che il creditore pignoratario non abbia diritto di valersi del rimedio dell'azione di rivendicazione concessa al locatore dall'articolo 2102. Io credo piuttosto che il creditore pignoratario, il quale possiede il pegno con un titolo giusto in forza di un contratto stipulato collo stesso proprietario, abbia tutto il diritto d'intentare l'azione di rivendicazione contro il possessore del pegno nei soli casi, in cui ciò sarebbe anche lecito allo stesso proprietario, e così nei casi contemplati dall'articolo 2279. Quest'articolo, stabilito il principio, che riguardo ai mobili il possesso produce l'effetto stesso del titolo, dispone che ciò non ostante colui che ha perduto o cui fu derubata qualche cosa, può ripeterla per il corso di tre anni, da computarsi dal giorno della perdita o del furto, da quello presso cui si trovi; salvo a questo il regresso contro quello da cui l'ha ricevuta. Se il proprietario dei mobili perduti o rubati può far uso di questo diritto contro qualunque possessore, non può un diritto eguale negarsi al creditore pignoratario, il quale, sebbene non abbia col contratto di pegno acquistata la proprietà del pegno, ha però il diritto non solo in faccia ai terzi, ma anche in faccia allo stesso proprietario, di conservare presso di sè il pegno a sua cauzione e garanzia. Questo diritto risultante dalla disposizione dell'articolo 2279 non è altro che l'azione di rivendicazione. Non deve però confondersi quest'azione di rivendicazione, di cui può far uso il creditore pignoratario giovandosi dell'articolo 2279, coll'azione di rivendicazione concessa dall'articolo 2102 al locatore. Il locatore esercita l'azione di rivendicazione a lui specialmente concessa nei termini e casi dallo stesso articolo 2102 determinati. Il creditore pignoratario, che fa uso del diritto risultante dal citato articolo 2279, ha tutto il diritto di giovarsi del termine dei tre anni dallo stesso articolo concesso all'esercizio dell'azione di rivendicazione contro il possessore della cosa perduta o rubata. Siccome però l'articolo 2280 stabilisce, che se l'attuale possessore della cosa derubata, o perduta, l'ha comprata in una fiera o mercato, ovvero all'occasione di una vendita pubblica,

o da un mercante venditore di simili cose, il proprietario originario non può farsela restituire, se non che rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata; così anche il creditore pignoratario, che intende di intentare l'azione di rivendicazione giovandosi della disposizione dell'articolo 2279, deve soggiacere ed uniformarsi alla condizione del detto articolo 2280 imposta a chi chiede la restituzione della cosa derubata o perduta. (1)

223. Questo punto ora esaminato ci guida a considerarne un altro, che si riferisce alla stessa materia del diritto di rivendicazione, ed è se il proprietario, la cosa del quale fu data in pegno senza il suo assenso, può rivendicarla dalle mani del creditore pignoratario. È principio inconcusso stabilito della L. 6, C. *Si aliena res pign.*, che non possono darsi in pegno le cose altrui senza l'assenso del padrone: « Per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est. » Al difetto di consenso del proprietario può solamente supplire giusta la L. 20, D. *De pignorat. act.*, la ratifica posteriore dello stesso proprietario: « Sed etsi ignorante eo data sit, et ratum habuerit; pignus valebit. » A questa massima non ha derogato il Codice Napoleone, il quale se nell'articolo 2077 accorda che il pegno sia dato da un terzo per il debitore, non permette però mai che il pegno possa darsi da chi non è proprietario della cosa in pegno ceduta. Che anzi dall'articolo 2079, il quale dichiara, che il debitore fino a che non abbia sofferta la spropriazione, ritiene la proprietà del pegno, si deduce senza pericolo di errare, che la legge vuole e suppone che il debitore pignorante sia il proprietario della cosa data in pegno. Il finale risultato del diritto di pegno è l'alienazione della cosa. La L. 4, D. *De pignorat. act.*, ciò stabilisce in termini chiari: « Etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere. » Conformemente a questa massima l'articolo 2078, se da una parte nega la facoltà al creditore di disporre del pegno pel non effettuato pagamento, dall'altra gli accòrda il diritto di far ordinare giudizialmente, che il pegno rimarrà presso di lui in pagamento, e fino alla concorrenza del debito, a norma della stima fatta per mezzo di periti, oppure che sarà venduto all'incanto. È dunque necessario che chi dà il pegno ne sia anche il

(1) Persil, art. 2102, § 2, n. 5.

proprietario. (1) Ma da ciò ne verrà la conseguenza, che il proprietario, la cosa del quale fu data in pegno senza il suo assenso, possa rivendicarla dalle mani del creditore pignoratario? Per Gius Romano è certo, che questo diritto competeva al proprietario, perchè Ulpiano nella L. 1, § 1, D. *De rei vindicat.*, insegna che la rivendicazione si esercita tanto contro il terzo possessore di beni mobili, quanto contro il terzo possessore di beni immobili: « Quæ specialis in rem actio (l'azione cioè di rivendicazione) locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quæ anima carent, et in his, quæ solo continentur. » Ma l'azione di rivendicazione ha subito una importante modificazione dal Codice Napoleone, il quale coll'articolo 2279 ha proclamato il principio che riguardo ai mobili il possesso produce l'effetto stesso del titolo. Essendo pertanto dallo stesso articolo 2279 limitato l'esercizio dell'azione di rivendicazione, trattandosi di beni mobili, al caso di cose derubate o perdute, io tengo col Troplong (2) che il creditore, a cui fu data in pegno la cosa altrui, potrà schermirsi dall'azione di rivendicazione mossagli dal proprietario, e che questi potrà efficacemente giovarsi dell'azione di rivendicazione contro il creditore pignoratario solo nel caso, in cui trattisi di cosa derubata o perduta. E se Ulpiano nella L. 9, § 4, D. *De pignorat. act.*, accorda al debitore che diede in pegno la cosa altrui senza il consenso del padrone, l'azione pignoratizia non ostante l'intrinseco vizio del pegno: « Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pignoratitia experiri; » lo stesso diritto non potrà negarsi al debitore secondo i principj del Codice Napoleone, i quali sono anzi meno rigorosi, potendo il creditore pignoratario essere sicuro dalle molestie del padrone della cosa data in pegno, quando non si verifichi il caso contemplato dal già citato articolo 2279.

224. L'articolo 2102 annovera semplicemente tra i crediti privilegiati sopra determinati mobili il *credito sopra il pegno,* di cui il creditore si trova in possesso. Parimenti l'articolo 2073 accorda semplicemente al creditore il diritto di farsi pagare con privilegio sulla cosa pignorata. Esaminiamo brevemente per quali somme possa il creditore esercitare sul pegno il suo privilegio.

(1) Troplong, art. 2102, n. 171.
(2) Art. 2102, n. 171.

La L. 35, D. *De pignorat. act.*, accorda chiaramente al creditore pignoratario il diritto di farsi pagare col prezzo ricavato dalla vendita del pegno di tutti gl' interessi e del capitale: « Cum et sortis nomine, et usurarum aliquid debetur ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet, quidquid ex venditione pignorum recipiatur, primum usuris, quas jam tunc deberi constat, deinde si quid superest, sorti accepto ferendum est. » Gl' interessi sono un accessorio del capitale, e come tali devono essere pagati col prezzo del pegno dato dal debitore al creditore a garanzia del credito. In omaggio di questo principio Scevola nella L. 18, D. *Qui pot. in pign.*, supposto il caso di una cosa vincolata a pegno in diversi tempi a favore di due creditori, decide che il primo creditore è preferito al secondo non solo per gli interessi scaduti anteriormente alla seconda costituzione del pegno, ma per tutti indistintamente gl' interessi, anche per quelli scaduti posteriormente: « Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, receptis pignoribus, eidemque debitori Mævius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit. Quæro, an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quæ accesserunt, antequam Mævius crederet; sed etiam earum, quæ postea accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium in omne, quod ei debetur, potiorem esse. » Non sono diversi i principj del Codice Napoleone, e quando anche mancasse una esplicita disposizione di legge, che facesse menzione degli interessi e delle spese giudiziali sostenute dal creditore per l' esigenza del suo credito, al creditore pignoratario non potrebbe non accordarsi il privilegio sul prezzo del pegno per tutti gl' interessi scaduti non colpiti da prescrizione e per le spese giudiziali, essendo e gl' interessi e le spese un accessorio del capitale. Ma non manca una espressa dichiarazione del legislatore, il quale nell' articolo 2082 chiaramente dispone, che il debitore non può pretendere la restituzione del pegno se non dopo di avere interamente pagato il capitale, gl' interessi e le spese del debito, a cauzione del quale è stato dato il pegno.

225. Ma oltre gli accessorj degli interessi e delle spese giudiziali, il creditore pignoratario può essere in diritto di ripetere dal debitore il rimborso di spese fatte per la conservazione o miglioramento della cosa in pegno ricevuta. Avrà anche per queste il privilegio? La L. 7, C. *De pignor. act.*, accorda in termini assoluti al creditore pignoratario il diritto di ottenere il rimborso

delle spese necessarie: « Creditor necessarios sumtus, quos circa res pignoratitias fecit, exigere non prohibetur. » Che anzi la L. 8, D. *De pignorat. act.*, accorda al creditore pignoratario pel rimborso delle spese sostenute per la conservazione del pegno, ossia delle spese necessarie, tanto l' azione pignoratizia contraria, quanto il gius di ritenzione, di cui abbiamo già dato un cenno: « Si necessarias impensas fecerim in servum, aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo. » Le Leggi Romane non si limitavano ad accordare al creditore l' azione pignoratizia *contraria* pel rimborso delle spese necessarie. La stessa azione era altresì accordata pel rimborso delle spese utili sostenute senza una assoluta necessità pel miglioramento della cosa data in pegno. Ciò chiaramente risulta dalla L. 25, D. *De pignorat. act.*, la quale suggerisce al Magistrato la norma, a cui deve attenersi, quando trattasi di spese utili o di miglioramento, per conciliare con equità e giustizia gli opposti interessi del creditore pignoratario e del debitore pignorante: « Sicut negligere creditorem dolus, et culpa, quam præstat, non patitur, ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum: alioquin non est æquum, aut quærere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi pecunia coactum derelinquere. Medie igitur hæc a judice erunt dispicienda: ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. » Anche il Codice Napoleone dichiara nell' articolo 2080 che il debitore deve compensare al creditore *le spese utili e necessarie* da questo fatte per la conservazione del pegno. Non può dunque negarsi al creditore pignoratario il diritto di esercitare il privilegio anche per dette spese che gli devono essere dal debitore rimborsate, come quelle, a cui diede causa lo stesso pegno, che forma il soggetto del privilegio. Dice chiaramente Ulpiano nella L. 9, § 3, D. *De pignor. act.*, che il debitore pignorante non può coll' azione pignoratizia *diretta* domandare la restituzione del pegno, se tutto il debito non è stato soddisfatto: « Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. » Se tutto il debito deve essere soddisfatto, anche le spese, al cui rimborso il creditore ha diritto, dovranno essere pagate, perchè la L. 6, C. *De pignor. et hyp.*, in modo chiaro ed assoluto dichiara che fanno parte del debito

tutte le spese dal creditore sostenute a cagione del pegno per una giusta causa: « In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit. » A ragione adunque il Persil accorda al creditore pignoratario per dette spese lo stesso privilegio che gli compete pel pagamento del capitale. (1)

226. La disposione della seconda parte dell'articolo 2082 ci obbliga ad esaminare ora il punto, se il creditore pignoratario, che è in possesso del pegno, potrà altresì esercitare sullo stesso pegno il privilegío per un altro credito formato collo stesso debitore posteriormente alla tradizione del pegno. Se colla scorta della L. 11, § 3, D. *De pignor. act.*, vogliasi rispondere al quesito, è forza negare ogni privilegio al creditore ed ogni diritto di invocare il benefizio della ritenzione del pegno, quando sia stato soddisfatto il credito, a garanzia del quale il pegno fu costituito. La legge 11, ora citata, non ammette eccezioni e limitazioni, e stabilisce una massima generale: « Si in sortem dumtaxat, vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia. » Se pagato il debito, a garanzia del quale il pegno fu dato, il debitore pignorante può intentare l'azione pignoratizia, è chiaro che nessun diritto sul pegno rimane al soddisfatto creditore, qualunque siano gli altri crediti di lui verso lo stesso debitore. Ma la massima generale stabilita colla citata legge riceve una importantissima modificazione dalla L. un. C. *Etiam ob chirograph. pecun.*, giusta la quale il creditore soddisfatto del credito pel quale fu dato il pegno, può opporsi alla restituzione domandata dal debitore coll'azione pignoratizia, sino a che sia soddisfatto il debito chirografario, che il debitore tiene collo stesso creditore: « At si in possessione fueris constitutus; nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quæ sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. » Questa legge ora citata del Codice Giustinianeo non nega al debitore, che ha pagato il debito garantito dal pegno, l'azione pi-

(1) Art. 2102, § 2, 2.

gnoratizia, e quindi non distrugge la regola generale detta di sopra: « Eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia. » Dà in mano questa legge al creditore, che tiene un altro credito chirografario collo stesso debitore, un'arme per difendersi dall' azione pignoratizia, e quest' arme è la eccezione di dolo. Il debitore, che coll' azione pignoratizia dimanda la restituzione del pegno, vuole che il creditore adempia dal canto suo all' obbligo che impone a qualunque creditore pignoratario il contratto reale di pegno, all'obbligo cioè di restituire il pegno dopo la soddisfazione del debito, a garanzia del quale il pegno fu dato; e nello stesso tempo manca egli stesso alla fede data non pagando al creditore l' altro debito chirografario che tiene col medesimo. Per questo la legge del Codice Giustinianeo accorda al creditore molestato coll' azione pignoratizia il mezzo di schermirsi colla eccezione di dolo dagli effetti dell' azione mossagli contro, sino a che il debitore abbia soddisfatto all'all' altro debito chirografario. Questa eccezione però appoggiata al dolo e alla mala fede del debitore non era mai opponibile ai terzi; e la stessa legge, che accorda al creditore la detta eccezione contro il debitore che offre il pagamento del solo debito garantito dal pegno, nega assolutamente il diritto di opporla agli altri creditori dello stesso debitore, che ad esso creditore pignoratario offerissero lo stesso pagamento: « quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. » La ragione, per cui al creditore pignoratario non è lecito opporre l' eccezione di dolo, concessagli dalla citata legge del Codice Giustinianeo, ai creditori dello stesso debitore che gli offrono il pagamento del solo debito, pel quale fu dato il pegno, viene chiaramente indicata dal Brunemanno (1) colle seguenti parole: « Si secundus creditor debitam pecuniam, in quam pignus obligatum, offerat primo creditori, hic ex hac lege un. C. *Etiam ob chirograph.* non potest pignus retinere, quia secundus creditor non est in dolo, et sic fidejussor offerens creditori solutionem et desiderans cessionem pignorum, non tenetur ex L. 2, C. *De fidejus.*, creditori chirographarium debitum solvere. Quia lex hæc specialis loquens de debitore, ad alium non est extendenda. » La L. un. C. *Etiam ob chirograph. pecun.* ora citata

(1) Ad L. un. C. Etiam ob chirograph.

serve alla retta interpretazione dell' articolo 2082 del Codice Napoleone. Questo articolo, stabilito il principio che il debitore non può pretendere la restituzione del pegno se non dopo di avere interamente pagato il capitale, gl' interessi e le spese del debito a cauzione del quale il pegno fu dato, dispone che se il medesimo debitore avesse contratto un altro debito collo stesso creditore posteriormente alla tradizione del pegno, e fosse tale debito divenuto esigibile, prima che si facesse luogo al pagamento del primo debito, il creditore non potrà costringersi a rilasciare il pegno, prima che venga intieramente soddisfatto per ambi i crediti, ancorchè non siasi stipulato di sottoporre il pegno al pagamento del secondo debito. L' articolo 2082 è evidentemente animato dallo stesso spirito e dalle stesse ragioni della citata legge del Codice Giustinianeo, e considera il creditore pignoratario in conflitto e in concorso col debitore pignorante, che coll' azione pignoratizia derivante dal contratto di pegno pretende la restituzione della cosa, che del contratto stesso fu la materia e il soggetto. Quando il creditore pignoratario sia posto in conflitto e in concorso cogli altri creditori del debitore pignorante, non potrà mai pretendere sul prezzo del pegno il privilegio, se non pel credito a garanzia del quale il pegno fu dato. Non bisogna confondere gli obblighi e le azioni che dal contratto di pegno derivano tra debitore e creditore, col diritto che acquista il creditore in grazia del pegno in faccia ai terzi. Siccome ogni contratto è un vincolo che lega tra loro i contraenti, così il creditore pignoratario, che accetta il pegno, assume l' obbligo di restituirlo, ricevuto il pagamento del suo avere. Per ciò Giustiniano (1) dice chiaramente: « Creditor, qui pignus accepit, re obligatur; quia de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. » Non è quindi a stupire, se la citata legge del Codice Giustinianeo, e l' articolo 2082 del Codice Napoleone accordano nel caso speciale, di cui è discorso, una eccezione al creditore per difendersi dall' azione pignoratizia mossagli dal debitore di mala fede. Ma l' azione personale pignoratizia diretta e contraria derivante dal contratto di pegno è tutt' affatto diversa dall' azione reale quasi Serviana, *qua creditores*, come dice Giustiniano, (2) *pi-*

(1) Instit., lib. 3, tit. 15, § 4.
(2) Instit., lib. 4, tit. 6, § 7.

gnora hypothecasve persequuntur. Questa azione quasi Serviana non è che l'esercizio del diritto *in re* derivante dal contratto di pegno al creditore, ed è per ciò un' azione reale esercibile in faccia ai terzi. (1) Sebbene il diritto reale che nasce oggi dal pegno sia un privilegio, sebbene il creditore pignoratario non possa oggi agire con azione reale contro i terzi possessori del pegno, è però certo che l' esercizio del privilegio è l' esercizio appunto di quel diritto reale radicato sulla cosa data in pegno che attribuisce al creditore la prelazione sul prezzo in faccia agli altri creditori dello stesso debitore, ed impedisce la distribuzione per contributo. Sarebbe dunque evidentemente contraria alle parole e allo spirito della legge, non che alle regole della rigorosa giustizia quella interpretazione dell' articolo 2082, che estendesse e allargasse il campo, entro il quale il creditore può valersi, a modo di difesa, della eccezione accordatagli dal detto articolo 2082, e convertisse una eccezione puramente *dilatoria,* opponibile contro l' azione personale pignoratizia mossa dal debitore, in un diritto esercibile in faccia ai terzi per ottenere sul prezzo del pegno privilegio e prelazione anche per un credito chirografario, non garantito dal pegno. Questa falsa interpretazione dell' articolo 2082 renderebbe illusorie le cautele, che dall' articolo 2074 furono prescritte non già per l' interesse del debitore, ma per l' interesse dei terzi, in faccia ai quali il pegno, quando anche fosse valido rispetto al debitore, non attribuisce il privilegio, ossia il diritto di farsi pagare sulla cosa pignorata con prelazione agli altri creditori, se non esista un atto pubblico o scrittura privata, debitamente registrata, che contenga le dichiarazioni dal legislatore volute riguardo alla quantità del debito e alla natura e specie della cosa data in pegno. Tengasi dunque col Persil, (2) che l' eccezione accordata dall' articolo 2082 giova al creditore pignoratario in faccia al debitore pignorante, e che il creditore pignoratario non può mai invocare il favore della disposizione di detto articolo per estendere contro giustizia e contro il diritto dei terzi il privilegio del pegno ad un credito chirografario.

227. Dispone l' articolo 2079 che il debitore fino a che non abbia sofferta la espropriazione, ove siavi luogo, ritiene la pro-

(1) Vinnii Instit., lib. 4, tit. 6, § 7, alle parole *Serviana* et *quasi.*
(2) Art. 2102, § 2, n. 3.

prietà del pegno, il quale non rimane presso del creditore, che come un deposito per cauzione del suo privilegio. Il Troplong (1) dice che la disposizione del citato articolo potrebbe dar motivo a proporre il dubbio, se il depositario, che ha qualche credito col deponente per cause indipendenti dal deposito, possa in un giudizio di concorso pretendere di essere preferito agli altri creditori sul prezzo della cosa presso lui depositata dal comun debitore; e risponde al dubbio negando ogni privilegio al depositario. Non solo io trovo giusta una tale decisione; ma credo, il dirò francamente, che questo punto, di cui ha voluto occuparsi il Troplong, non possa in alcuna maniera essere soggetto di dubbio. Il deposito ha col pegno questo di comune, che appartiene giusta la L. 1, § 5, D. *De obligat. et act.*, alla classe dei contratti reali: « Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur. » Di comune ha pure il deposito col pegno questo, che la massima dalla L. 9, C. *De pignor. act.*, stabilita riguardo al dominio del pegno, viene dalla L. 17, § 1, D. *Depositi*, ripetuta riguardo al dominio della cosa data in deposito che si conserva al deponente: « Rei depositæ proprietas apud deponentem manet. » Ma non ostante queste qualità che il deposito ha comuni col pegno, è certissimo che l' uno e l' altro contratto differiscono essenzialmente nel fine. Imperocchè il deposito è tutto in vantaggio del deponente, come giustamente avverte il Vinnio: « In deposito nullum commodum est depositarii; quin onus potius est, rem alienam gratis custodire. » (2) Al contrario il pegno mira principalmente al vantaggio del creditore, al quale garantisce il pagamento della somma a lui dovuta. L' articolo 2079 parifica il pegno al deposito in ciò che nè dall' un contratto nè dall' altro nasce traslazione di dominio; ma non potrà mai per ciò farsi il dubbio, se il depositario abbia pe' suoi crediti quel privilegio sul deposito che ha il creditore pignoratario sul pegno. Se mai alcuno vi fosse capace di propor questo dubbio, sarebbe facile il rispondere colle parole della L. 11, C. *Depos.*, che il depositario non accettò il deposito, *ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur.*

È ben diverso il caso, se il depositario è divenuto creditore

(1) Art. 2102, § 2, n. 172.

(2) Instit., lib. 3, tit. 15, § 3, alle parole *Si quid dolo.*

del deponente in grazia del deposito per spese sostenute. Allora *agitur de indemnitate ejus, qui depositum suscepit*, come dice la L. 5, pr. D. *Depos.*, e però l'articolo 1948 accorda al depositario il diritto di ritenere il deposito sino all'intero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito stesso. Il depositario in questo caso, oltre il diritto di ritenzione che gli accorda il citato articolo 1948, potrà anche invocare non già il privilegio del pegno, ma quello che il n° 3° dell'articolo 2102 accorda alle spese fatte per la conservazione della cosa. (1)

228. Il Troplong (2) fa anche il quesito, se aprendosi un giudizio di concorso dei creditori del depositario, il deponente abbia privilegio sulla cosa depositata. A dir vero io credo che questo dubbio non si possa proporre. Imperocchè, sebbene l'azione di deposito derivante dal contratto sia un'azione personale, e non abbia a confondersi coll'azione reale di rivendicazione che il proprietario muove contro il possessore della cosa, è però certo che il depositario non è un debitore di quantità, ed è tenuto alla restituzione della stessa specie ricevuta in deposito, come dice Giustiniano: « Is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi; quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. » (3) Anche allora quando si consegnano in mano di un depositario denari, il depositario è debitore di specie, e non di quantità. È bellissimo il caso deciso da Papiniano nella L. 24, D. *Depositi*, ove fornisce materia di dubbio una lettera scritta da Lucio Tizio a Sempronio e concepita nei seguenti termini: « *Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola, manu mea scripta, tibi notum facio: quæ quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo.* » Essendo nato il dubbio, di qual natura fosse la obbligazione confessata con detta lettera da Lucio Tizio a favore di Sempronio, Papiniano risponde: «Depositi actionem locum habere: quid est enim aliud *commendare*, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si, ut tantumdem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. » Dalla qual legge con piena

(1) Troplong, art. 2102, n. 172.
(2) Art. 2102, n. 173.
(3) Instit., lib. 3, tit. 15, § 3.

evidenza risulta, che il depositario, qualunque sia la natura della cosa depositata, è sempre debitore di specie, e non di quantità. Per ciò il deponente, che si fa a chiedere la restituzione del fatto deposito, deve nel libello attenersi alla forma nella L. 1, § 40, D. *Depositi,* suggerita da Ulpiano: «Si quis *argentum*, vel *aurum* depositum petat, utrum speciem, an et pondus complecti debeat? Et magis est, ut utrumque complectatur: scyphum forte, vel lancem, vel pateram dicendo, et materiam, et pondus addendo. » La obbligazione che ha il depositario di restituire al deponente la stessa specie costituisce una delle particolarità caratteristiche del contratto di deposito, che lo distinguono, come dice Paolo nella L. 2, pr. D. *De reb. cred.*, dal contratto di mutuo, sebbene l' uno e l' altro appartengano alla categoria dei contratti reali: « Mutuum damus recepturi non eamdem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum): sed idem genus. » Conformemente a questi principj tratti dalla natura ed essenza del contratto di deposito, l'articolo 1932 del Codice Napoleone stabilisce, che il depositario deve restituire l' identica cosa che ha ricevuto, e che in conseguenza il deposito del danaro deve restituirsi nelle medesime specie in cui fu fatto, tanto nel caso di aumento, che in quello di diminuzione del loro valore. Da ciò segue, che il deponente, che domanda la restituzione del deposito, non ha bisogno d'invocare alcun privilegio sulla cosa depositata, quand' anche questa non gli appartenesse *jure dominii.* Imperocchè il privilegio è il diritto di essere preferito sul prezzo dei beni del debitore, i quali sono la garanzia comune de' suoi creditori. Le cose, che il depositario tiene in deposito, non fanno parte del patrimonio di lui, e non possono per ciò essere di alcuna garanzia ai suoi creditori, i quali non hanno diritto di domandarne la vendita, dovendo essere restituite in ispecie e in natura al deponente. Mancano adunque tutti gli elementi necessarj all' esercizio di un privilegio, il cui scopo è d' impedire la distribuzione per contributo del prezzo di quelle sostanze, che compongono il patrimonio del debitore, e che sono la comune garanzia di tutti i creditori. Dice ottimamente il Troplong parlando del diritto del deponente, *c'est une restitution, et pas un privilège.*

Può accadere, che anche il depositario sia in grazia del deposito debitore di quantità verso il deponente. Imperocchè seb-

bene i danni sopravvenuti per caso fortuito al deposito stiano a carico del deponente, quelli, a cui diede causa il dolo del depositario, sono da Giustiniano messi a carico dello stesso depositario: « Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit. » È anzi il depositario responsabile verso il deponente di colpa lata, perchè Celso nella L. 32, D. *Depositi,* parifica la colpa lata al dolo. Ma in tutti i casi, in cui il deponente reclamerà con diritto l'emenda dei danni, di cui si rese responsabile il depositario, il credito del deponente sarà puramente chirografario, e verrà soddisfatto per contributo col prezzo dei beni dello stesso depositario, non essendo a tal credito concesso dalla legge alcun privilegio. (1)

229. Il Gius Romano riconosceva, oltre il pegno convenzionale, un'altra specie di pegno, chiamato *Pretorio,* che nasceva dal possesso de' beni accordato dal Pretore. (2) Nella L. 26, D. *de pignorat. act.,* accenna Ulpiano a questo pegno Pretorio, ove è chiaramente dichiarato, che senza la condizione del possesso il pegno non ha luogo: « Non est mirum, si ex quacumque causa Magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui: cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum Patre sæpissime rescripsit. Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. » Non è qui mestieri dire delle cause, onde il Pretore accordava il possesso dei beni, che era il fondamento del pegno Pretorio; non è però da tacere, che il pegno Pretorio attribuiva al possessore gli stessi diritti, che dava al creditore pignoratario il pegno convenzionale. Perciò nella L. 10, D. *Qui pot. in pign.,* accennando Ulpiano al pegno Pretorio dice: « Si et jure judicatum, et pignus in causa judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, captum est, privilegiis temporis fore potiorem heredem ejus, in cujus persona pignus constitutum est. » La stessa massima è ripetuta dalla L. 2, C. *Qui pot. in pign.*, la quale applica senza eccezioni e limitazioni al pegno Pretorio la regola generale, che fissa il grado dei creditori aventi gius di pegno e d'ipoteca, *prævalet jure, qui prævenit tempore.*

Il Codice Napoleone non riconosce altro pegno che il pegno convenzionale, che forma il soggetto del titolo 17; e il privilegio, di cui parla il n° 2° dell'articolo 2102, al solo pegno convenzio-

(1) Troplong, art. 2102, n. 173.
(2) Voet, lib. 42, tit. 4, n. 5.

nale è attribuito. Se il debitore non dà esso medesimo, o un terzo per il debitore, una cosa al creditore per sicurezza del credito colle cautele e forme prescritte dagli articoli 2074 e 2075 e 2076, il prezzo dei beni tutti del debitore si comparte giusta la disposizione dell' articolo 2093 tra tutti i creditori per contributo; e questa distribuzione per contributo è solo impedita dai privilegi e dalle ipoteche, che sono le sole cause legittime di prelazione tra i creditori. Il pegno Pretorio non è dal Codice Napoleone annoverato tra i titoli che danno privilegio od ipoteca, e per conseguenza sono cessati gli effetti che dal pegno Pretorio romano derivavano. Per questa ragione una decisione del Supremo Consiglio di Modena del 21 febbraio 1826 saviamente decise, che il creditore, che ottenne il gravame contro il debitore comune, deve conferire nella massa dei beni dello stato di esso, per gli effetti contemplati dall' articolo 2093 del Codice Napoleone, il ricavato che si otterrà dalla vendita dei mobili oppignorati. (1)

230. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nel n° 2° dell' articolo 1971, il Codice di Parma nell' articolo 2144, il Codice del Regno di Sardegna nel n° 2° dell' articolo 2157, ed il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj nel n° 2° del § 77, ad imitazione dell' articolo 2102 del Codice Napoleone, tutti accordano al creditore pignoratario il privilegio sopra il pegno di cose mobili, di cui il creditore si trova in possesso.

Finalmente anche il Codice di Modena, attenendosi rigorosamente alla disposizione dell' articolo 2144 del Codice di Parma, dispone nell' articolo 2136 ciò che segue:

« *Godono pure di speciale privilegio*

1. *Il credito sopra il pegno, di cui il creditore si trova in possesso, a termini degli articoli* 2073, 2074, 2075, 2076, 2077.

2. *Le mercedi degli artefici ed operaj sopra la cosa intorno a cui hanno eseguito il loro lavoro.*

3. *Le spese fatte per la conservazione della cosa.* »

231. Esamineremo brevissimamente le disposizioni degli articoli, a cui si riporta il citato articolo 2136 del Codice di Modena.

L' articolo 2073 dispone, ad imitazione dell' articolo 2073 del Codice Napoleone, che il pegno conferisce al creditore il di-

(1) Collez. delle Mass. stab. dal Sup. Cons. di Modena, tom. 2, pag. 195, dec. 473, Sanguinetti con Storchi Stato.

ritto di farsi pagare sulla cosa pignorata, con privilegio e prelazione agli altri creditori.

L'articolo 2074 dichiara, che il privilegio accordato al creditore pignoratario non ha luogo *per riguardo ai terzi*, ove si tratti di un valore al di sopra di italiane lire cinquecento, se non quando vi è un atto notarile, od una scrittura privata avente data certa, che contenga la dichiarazione della somma dovuta, e delle cose date in pegno colla loro qualità, peso e misura. Questa disposizione è conforme all'articolo 2074 del Codice Napoleone colla differenza che secondo questo Codice la riduzione dell'atto in scrittura e la sua registrazione non sono richieste, se non quando si tratti di oggetto eccedente il valore di 150 lire; laddove il Codice di Modena richiede l'atto notarile, od una scrittura privata avente data certa, ove si tratti di un valore al di sopra di italiane lire cinquecento. In questa parte il Codice di Modena si è allontanato dalla disposizione generale dell'articolo 2100 del Codice di Parma, il quale dispone in termini assoluti e senza distinzioni e differenze, sia che trattisi di credito piccolo o di grossa somma, che il privilegio sul pegno non ha luogo per riguardo ai terzi, se non quando vi è un atto pubblico, o scrittura privata avente data certa, che contenga la dichiarazione della somma dovuta e delle cose date in pegno. Se è giusto, e se l'interesse dei terzi vuole che il privilegio sul pegno non abbia effetto, se non osservate certe forme, quando si tratti di un valore al disopra di italiane lire 500, perchè si dovrà permettere la dispensa da ogni forma e solennità, quando si tratti di un valore minore? Quando si vuol tutelare l'interesse dei terzi, e prevenire ogni pericolo di frodi, la legge non deve mai dispensare dall'osservanza delle prescritte forme e solennità sotto il pretesto della piccolezza del credito. Anche il creditore ipotecario è tenuto in faccia ai terzi ad inscrivere la sua ipoteca, nè la legge lo dispensa dall'obbligo della iscrizione, quando si tratta di piccolo credito. A me pare, che alla disposizione dell'articolo 2074 del Codice Napoleone, e molto più a quella dell'articolo 2074 del Codice di Modena sia da preferirsi di gran lunga quella dell'articolo 2100 del Codice di Parma, che non ammette in nessun caso dispensa dalla formalità dell'atto autentico o della scrittura con data certa.

L'articolo 2075 dispone, che allorquando nell'atto notarile

o nella scrittura privata non è stata fatta, relativamente a qualcuna delle cose date in pegno, la dichiarazione nel modo prescritto dall'articolo antecedente, questa ommissione non pregiudica al pegno pei capi debitamente dichiarati. Si è tra gl'Interpreti francesi questionato, se la mancanza, riguardo ad alcuna delle cose date in pegno, delle dichiarazioni volute dall'articolo 2074 renda nullo l'intero atto, o pure la sola parte che difetta dei requisiti necessarj. Tratta di questo dubbio il Duranton, (1) e appoggiato al principio *utile per inutile non vitiatur* confuta vittoriosamente una sentenza della Corte Reale di Parigi dell'8 giugno 1809, la quale annullò interamente un contratto di pegno per difetto di forma, sebbene rispetto ad alcune delle diverse cose date in pegno fosse stata esattamente e puntualmente adempita la prescrizione dell'articolo 2074. A questa questione non lasciaron luogo i Compilatori del Codice di Parma adottando nell'articolo 2101 la massima savissima, alla quale fecero eco coll'articolo 2075 i Compilatori del Codice di Modena. I Codici di Parma e di Modena colla disposizione dei citati articoli 2101 e 2075 seguirono il principio nella L. 29, D. *De verbor. oblig.*, stabilito da Ulpiano: « Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summæ sunt: totque esse stipulationes, quot species sunt. »

L'articolo 2076 è la ripetizione dell'articolo 2075 del Codice Napoleone, e dispone che il privilegio non ha luogo sopra i crediti, se non quando il pegno apparisce da atto notarile, o da scrittura privata avente data certa, e ne sia fatta notificazione al debitore del credito dato in pegno.

Finalmente l'articolo 2077, che è l'ultimo degli articoli, a cui si riporta l'articolo 2136, dispone conformemente alla massima stabilita dal Codice Napoleone nell'articolo 2076, che in ogni caso il privilegio non sussiste sul pegno se non in quanto lo stesso sia stato consegnato, e sia rimasto in potere del creditore, o di un terzo eletto dalle parti.

3. *Le spese fatte per la conservazione della cosa.*

232. Era questione tra gl'Interpreti del Diritto Romano, se i creditori di somme impiegate per la conservazione di una cosa avessero sulla cosa stessa una ipoteca privilegiata. Quelli che

(1) Du nantissement, tit. 17, n. 522.

ammettono la ipoteca privilegiata si fondano principalmente nelle leggi 5 e 6, D. *Qui pot. in pign.*, le quali stabiliscono le seguenti massime: « Interdum posterior potior est priori: ut puta, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit: veluti, si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem, vel reficiendam ego credidero. Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. Item, si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvæ fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est. Tantumdem dicetur, et si merces horreorum, vel areæ, vel vecturæ jumentorum debetur: nam et hic potentior erit. » Il Vinnio (1) al contrario osserva, che le citate leggi non accordano già una tacita ipoteca al creditore, i denari del quale furono impiegati nella conservazione di una cosa, ma supposto il conflitto tra due creditori ipotecarj, l'uno anteriore di tempo, l'altro, coi denari del quale fu conservata la cosa, di tempo posteriore, danno all'ultimo la prelazione. È infatti cosa assai diversa il diritto d'ipoteca tacita dal diritto di prelazione dalla legge attribuito ad una ipoteca. Il diritto di prelazione, che dà all'ipoteca il carattere d'ipoteca privilegiata, viene necessariamente dalla legge. Il gius d'ipoteca, a cui la legge concede il favore della prelazione agli altri creditori ipotecarj anteriori di tempo, può essere concesso ad una ipoteca tacita o legale o ad una ipoteca convenzionale. Perchè una ipoteca è privilegiata, non si può da ciò dedurre che l'ipoteca stessa sia legale, e indipendente dalla convenzione delle parti. La semplice lettura della citata legge basta a convincere che nessuna ipoteca tacita o legale è accordata al creditore, coi denari del quale fu conservata la cosa, ma semplicemente il diritto di prelazione agli altri creditori anteriori. Suppone dunque la legge evidentemente che la cosa, che forma il soggetto della ipoteca competente a diversi creditori, sia stata per convenzione ipotecata a favore dell'ultimo creditore, i cui denari servirono alla conservazione della cosa medesima. Possiamo dunque ritenere, appoggiati all'interpretazione che della citata L. 5, D. *Qui pot. in pign.*, fa il Vinnio, che per Gius Romano nessuna tacita ipoteca era concessa al creditore, i cui denari servirono alla con-

(1) Select. Jur. Quæst., cap. 4, lib. 2.

servazione di una cosa, e che il creditore stesso, sì veramente che la cosa conservata gli fosse stata dal debitore data in ipoteca, era preferito agli altri creditori a lui anteriori di tempo.

233. Il Codice Napoleone al creditore di spese fatte per la conservazione di una cosa mobile accorda un privilegio speciale sulla stessa cosa conservata. La causa di questo privilegio è la stessa, onde le Leggi Romane furono mosse ad accordare il diritto di prelazione, ossia la qualità d'ipoteca privilegiata, alla ipoteca costituita dal debitore a favore del creditore, i cui denari alla conservazione di una cosa furono impiegati, « *hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.* »

234. In fatto di spese, la L. 79, D. *De verbor. signif.*, le distingue in necessarie, utili e voluttuose: « Impensæ *necessariæ* sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. *Utiles* impensas esse Falconius ait, quæ meliorem dotem faciant, non deteriorem esse, non sinant, ex quibus reditus mulieri adquiratur.... *Voluptuariæ* sunt, quæ speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent. » Da questa legge risulta evidentemente che le spese necessarie sono le spese fatte per la conservazione della cosa. Infatti Pomponio nella L. 8, pr. D. *De pignorat. act.*, reca ad esempio di spese necessarie, pel rimborso delle quali è accordata l'azione pignoratizia *contraria*, ed anche il gius di retenzione al creditore pignoratario, quelle sostenute per la malattia del servo dato in pegno: « Finge enim medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam. » Anche secondo le massime del Codice Napoleone sono reputate spese necessarie quelle fatte per conservare una cosa, e di ciò fa prova non dubbia l'articolo 1890, ove è stabilito che se durante l'imprestito è stato obbligato il comodatario, *per conservare la cosa*, ad incontrare qualche spesa straordinaria e *di necessità*, il comodante sarà tenuto a farne il rimborso. Essendo pertanto il privilegio dall'articolo 2102 accordato alle spese fatte per la conservazione della cosa, alle sole spese necessarie devesi restringere, e non punto estendere alle utili; tanto più che i privilegi, come mille volte abbiamo ripetuto, sono di stretto diritto e non ammettono una estensiva interpretazione. (1)

235. Per le spese utili o di miglioramento la più parte dei

(1) Persil, art. 2102, § 3, n. 2.

Dottori accordano al creditore il gius di ritenzione; (1) e questa opinione trova un validissimo appoggio nella L. 48, D. *De rei vindicat.*, la quale accorda al possessore di buona fede l'eccezione di dolo, e quindi il diritto di ritenzione pel rimborso delle spese che hanno migliorata la cosa: « Sumtus in prædium, quod alienum esse apparuit, a bonæ fidei possessore facti; neque ab eo, qui prædium donavit, neque a domino peti possunt; verum exceptione doli posita, per officium judicis æquitatis ratione servantur: scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant; etenim, admissa compensatione, superfluum sumtum, *meliore prædio facto*, dominus restituere cogitur. » Il Vinnio (2) anzi appoggiato a questa legge e a molte altre sostiene, che per ripetere le spese fatte per la cosa altrui al creditore manca assolutamente il rimedio di una efficace azione, e che non gli resta altro mezzo che di ricorrere al gius di ritenzione, finchè trovasi in possesso della cosa. Noi non abbiamo bisogno di addentrarci in questa questione, che ci porterebbe tropp' oltre i limiti del principale soggetto. Imperocchè quando anche contro l' opinione del Vinnio si volesse pur sostenere che al creditore di spese di miglioramento fatte sulla cosa altrui compete, oltre il diritto di ritenzione, il rimedio altresì dell'azione per ottenerne il dovuto rimborso, quest'azione sarebbe sempre semplice e chirografaria, e non mai un'azione privilegiata, e ciò perchè il privilegio è accordato unicamente dall' articolo 2102 alle spese fatte per la conservazione della cosa, e non alle spese utili o di miglioramento. Nè il gius di ritenzione, che può competere al creditore di spese utili o di miglioramento, devesi confondere col privilegio accordato dall' articolo 2102 alle spese fatte per la conservazione della cosa. Imperocchè, sebbene il gius di ritenzione abbia per risultato di escludere gli altri creditori dal diritto di essere pagati sul prezzo della cosa, che ne forma il soggetto, è però certo che il gius di ritenzione si può opporre soltanto dal creditore che trovasi in possesso della cosa. (3) Al contrario il privilegio accordato dall'articolo 2102 alle spese fatte per la conservazione della cosa non è legato alla condizione del possesso, e finchè il credito non è prescritto, e la

(1) Persil, loc. cit.
(2) Selectar. Jur. Quæst., lib. 1, cap. 24.
(3) Vinnii Select. Jur. Quæst., loc. cit.

cosa mobile conservata si trova nelle mani del debitore, il privilegio dura ed è esercibile. Il creditore pignoratario non conserva il suo priviligio, se non in quanto il pegno sia stato consegnato, e sia rimasto in potere di lui o di un terzo eletto dalle parti, perchè il privilegio stesso non è accordato alla qualità del credito, ma in favore del contratto speciale di pegno che si fonda nella tradizione e nel possesso della cosa. In ciò il privilegio che l'articolo 2073 attribuisce al pegno non è diverso dal gius di ritenzione, perchè sì l'uno che l'altro si fondano nel possesso della cosa, sulla quale il creditore intende di esercitare il privilegio che deriva dal gius di pegno, o il gius di ritenzione. Il privilegio dall'articolo 2102 attribuito alle spese fatte per la conservazione della cosa non è fondato sul possesso, ed è concesso alla qualità del credito per la ragione indicata dalla già citata L. 6. D. *Qui pot. in pign.*, ossia perchè « *hujus pecunia,* » cioè del creditore che ha sostenute le spese di conservazione, *salvam fecit totius pignoris causam.* Il creditore adunque di spese utili o di miglioramento non può invocare il privilegio che l'artic. 2102 accorda alle spese fatte per la conservazione della cosa, ossia alle spese necessarie, e solamente può giovarsi del diritto di ritenzione sì veramente che trovisi in possesso della cosa migliorata. Perduto il possesso della cosa, il creditore delle spese utili o non ha azione per ripeterne il rimborso, come sostiene il Vinnio, o se ha azione, come altri pretendono, la sua azione non gode di alcun privilegio, ed appartiene alla categoria delle azioni semplici e dei crediti chirografarj. Il creditore al contrario di spese necessarie e di conservazione ed ha privilegio sulla cosa conservata, attribuitogli dal chiaro testo dell' articolo 2102, e conserva e può esercitare il suo privilegio non alligato alla condizione del possesso, finchè trovasi la cosa conservata nelle mani e nel possesso del debitore. (1)

236. L'articolo 2102 accorda in genere il privilegio alle spese fatte per la conservazione della cosa, e però abbraccia qualunque spesa necessaria, onde fu conservata una cosa mobile, e quindi anche le mercedi degli artigiani ed operaj, che colla loro opera e fatica contribuirono alla conservazione di una cosa. (2)

(1) Troplong, art. 2102, n. 176, 177. Duranton, tit. 18, n. 115. Persil, art. 2102, § 3, n. 2.

(2) Troplong, art. 2102, n. 177.

237. Lo stesso privilegio alle spese fatte per la conservazione della cosa è accordato nell' articolo 1971 n° 3° dal Codice del Regno delle Due Sicilie. Ma il Codice di Parma con più saggia disposizione accorda nell' articolo 2144 uno speciale e distinto privilegio alle mercedi degli artefici ed operaj sopra la cosa intorno a cui hanno eseguito il loro lavoro; ed alle spese fatte per la conservazione della cosa. Sotto il privilegio generale concesso dall' articolo 2102 del Codice Napoleone si comprendono, come si è avvertito, le mercedi degli artefici ed operaj. Siccome però il privilegio compete per le sole spese necessarie, così giusta il citato articolo 2102 l' operajo che avrà coll' opera propria conservata una cosa avrà sulla cosa stessa il privilegio; l' operajo che l' avrà semplicemente abbellita e migliorata e resa di maggior pregio, non avrà alcun privilegio. Questa distinzione di spese necesarie ed utili, quando si tratta di lavori eseguiti da un povero operajo, non può non essere causa e occasione di litigi e questioni. Al contrario il Codice di Parma tiene distinti i due privilegi, quello cioè delle spese fatte per la conservazione della cosa, e quello delle mercedi degli artefici ed operaj sopra la cosa intorno a cui hanno eseguito il loro lavoro; e quanto a questo ultimo privilegio attribuito alle mercedi degli artefici ed operaj, non fa alcuna differenza, sia che si tratti di lavoro eseguito da un artefice od operajo per la conservazione di una cosa, sia che si tratti di lavoro di miglioramento od abbellimento. Se vi ha credito che meriti il favore e la protezione della legge è certamente quello delle mercedi degli artefici ed operaj che coi sudori della fronte campano la vita, e ben sia lode ai Compilatori del Codice di Parma, che ad un tal credito accordarono uno speciale privilegio senza limiti e senza alcun riguardo alla qualità del lavoro eseguito.

238. Il Codice di Sardegna nell' articolo 2157 n° 3° accorda il privilegio alle spese fatte per la conservazione o miglioramento de' mobili esistenti ancora presso coloro che hanno fatto le dette spese. Se da una parte il Codice di Sardegna estende il privilegio anche alle spese fatte pel miglioramento di una cosa mobile, allargando la sfera del privilegio dal Codice Napoleone accordato alle sole spese fatte per la conservazione di una cosa mobile, dall' altra lega l' esistenza del privilegio alla dura condizione del possesso della cosa conservata o migliorata nelle mani

del creditore. Essendo questo privilegio accordato alla qualità del credito, non vi è una ragione, per cui si debba far dipendere dalla condizione del possesso della cosa nelle mani del creditore, tanto più che non sono rari i casi, in cui uno può essere creditore di spese fatte per una cosa che non gli fu consegnata. Il privilegio per ciò accordato dal Codice di Sardegna si risolve in sostanza in un gius di ritenzione.

239. Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj accorda anch' esso nel § 77, n° 3°, il privilegio al credito che deriva da spese fatte per conservare una cosa mobile sulla cosa stessa conservata, e dichiara nel § 79 che nel privilegio accordato al credito derivante da spese fatte per conservare la cosa è compreso il credito dell' artista pel prezzo del lavoro eseguito sulla cosa. La Legge Pontificia, quanto a questo privilegio, non accorda nè più nè meno di quello che concede l' articolo 2102 del Codice Napoleone. Imperocchè sebbene questo Codice non parli nominatamente delle mercedi dovute agli artefici ed operaj, è certo che sotto il privilegio delle spese di conservazione, come osserva il Troplong, (1) si comprendono anche le mercedi degli artefici ed operaj, che hanno eseguiti intorno ad una cosa lavori di conservazione.

240. Ripetendo i Compilatori del Codice di Modena la savissima disposizione dell' articolo 2144 del Codice di Parma, hanno accordato nell' articolo 2136 già sopra riportato (2) un distinto privilegio alle mercedi degli artefici ed operaj sopra la cosa, intorno a cui hanno eseguito il loro lavoro, ed alle spese fatte per la conservazione della cosa.

4. *Il prezzo degli effetti mobiliari non pagati.*

241. Per Gius Romano il contratto di compra e vendita, che è annoverato tra i contratti consensuali, è perfetto, come insegna Giustiniano, col semplice consenso delle parti: « Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac nec arrha quidem data fuerit. » (3) Sebbene però dal contratto perfetto col consenso dei contraenti nascano le due azioni personali *empti*, competente

(1) N. 177.
(2) Pag. 247, n. 230.
(3) Instit., lib. 3, tit. 24, pr.

al compratore, e *venditi* al venditore, per ottenerne la esecuzione, la traslazione del dominio della cosa venduta dal venditore al compratore non si opera, se non si verificano le due seguenti condizioni. Primieramente è necessario che il venditore abbia fatta al compratore la tradizione della cosa, prima della quale lo stesso venditore conserva, come dice (1) Giustiniano, il suo dominio, come se la vendita non fosse stata stipulata: « Qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. » Perciò Callistrato insegna nella L. 50, D. *De rei vindicat.*, che il compratore non ha diritto di intentare l' azione reale di rivendicazione, se non gli fu fatta la tradizione della cosa comprata: « Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager, tuncque possessio amissa sit. » Per la stessa ragione la L. 15, C. *De rei vindicat.*, supposto il caso di una vendita fatta dello stesso fondo in solido a due persone, stabilisce che il dominio si acquista dal primo, a cui è fatta la tradizione: « Quoties duobus in solidum prædium jure distrahitur; manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. » Onde abbia luogo la traslazione del dominio è necessario in secondo luogo che il compratore abbia dal canto suo soddisfatto il prezzo, o che del pagamento del prezzo gli abbia avuto fede il venditore. La L. 19, D. *De contr. emt.*, prescrive chiaramente questa seconda condizione necessaria alla traslazione del dominio: « Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum; vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione. » Il senso della frase *aut satis eo nomine factum* viene nella L. 53, dello stesso titolo, ben definito da Gajo: « Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fidejussor datus sit. Quod autem de fidejussore diximus, plenius acceptum est: qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore, aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset. » La traslazione adunque del dominio non deriva per Gius Romano dalla perfezione del contratto di vendita, ma solamente dalla sua consumazione ed esecuzione sì da parte del venditore, come da quella del compratore. Quando poi il venditore ha fatta la tradizione avendo fede del prezzo al compratore, rimane un

(1) Loc. cit., § 3.

creditore semplice e chirografario del prezzo medesimo, esigibile coll'azione personale *venditi,* di cui parla la L. 13, §§ 19 e 20, D. *De act. empt. et vend.,* azione non garantita dalla legge nè con un privilegio nè con una tacita ipoteca. Non sono però mancati Dottori, e tra questi è il Grenier, (1) i quali affermano che per Gius Romano compete dopo la tradizione all' azione personale *venditi,* spettante al venditore pel pagamento del prezzo, il privilegio, ossia la prelazione a qualunque creditore chirografario del compratore. Questi Dottori si appoggiano alla L. 34, D. *De reb. auctor. jud. pos.,* la quale accorda l' azione privilegiata a chi somministrò i denari per l' acquisto di una nave: « Quod quis navis fabricandæ, vel emendæ, vel armandæ, vel instruendæ causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob *navem venditam petat,* habet privilegium post Fiscum. » Il Brunemanno (2) appoggiato all' autorità del Donello sostiene che dalla particolare disposizione delle leggi 26 e 34 del detto titolo delle Pandette non si deve dedurre una massima generale applicabile a qualunque caso di vendita, e che il privilegio in favore del venditore o di chi somministrò i denari pel pagamento del prezzo al venditore dovuto era speciale al contratto delle navi *ob necessarium usum tum bellicum, tum ad commercia exercenda, resque invehendas, et evehendas.* Siccome non è lecito estendere i privilegi oltre i casi contemplati dal legislatore, così coll' appoggio anche dell' autorità del Donello e del Brunemanno possiamo stabilire, che l' azione personale al venditore spettante, che ha perduto il dominio della cosa già consegnata al compratore *habita fide de pretio,* è per Gius Romano una semplice azione chirografaria, la quale non gode di alcun privilegio, nè di tacita ipoteca.

242. Da questi principj della Romana Giurisprudenza si allontanarono i Compilatori del Codice Napoleone. Imperocchè l' articolo 1583 dichiara, che la vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore al momento che siasi convenuto su la cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo. Per Gius Romano la trasla-

(1) Traité des Hyp., tom. 2, par. 2, chap. 1, sect. 3, n. 383.
(2) Ad L. 26, D. *De reb. auct. jud. pos.*

zione del dominio, come si è detto, non nasceva dal contratto perfetto col semplice consenso, ma dalla consumata esecuzione. Al contrario, giusta la disposizione del citato articolo 1583, il contratto perfetto col consenso opera, prima anche che abbia avuta esecuzione dalle parti, la traslazione del dominio. Ma il venditore, che perde il dominio della cosa venduta prima che al contratto sia stata data esecuzione, viene dall' articolo 2102 assicurato e garantito del pagamento del prezzo con uno speciale privilegio sulla cosa venduta, privilegio accordato al venditore di cosa mobile in qualunque caso, sia che il prezzo debba pagarsi immediatamente, sia che il venditore fidato alla buona fede del compratore gli abbia accordata una dilazione.

243. All' esercizio di un tale privilegio accordato al prezzo degli effetti mobiliari non pagati non richiede l' articolo 2102 alcuna condizione, se non che la cosa venduta esista tuttora in possesso del debitore. Questa condizione d' altra parte è inerente alla natura dei privilegi costituiti sui beni mobili, i quali, come altra volta abbiamo osservato, non danno azione reale contro i terzi possessori. In questa parte il privilegio del venditore è assai diverso da quello che compete al creditore pignoratario. Imperocchè il creditore pignoratario non ha il privilegio, se non trovasi in possesso della cosa datagli in pegno; laddove il venditore non ha mestieri di essere in possesso della cosa venduta, ed ha e conserva il suo privilegio, finchè la cosa stessa esiste in possesso del compratore debitore del prezzo. La ragione della differenza è la medesima che fu da noi avvertita, allorchè si parlò del privilegio accordato alle spese fatte per la conservazione della cosa. Il privilegio del venditore è attribuito alla qualità del credito, ossia al prezzo degli effetti mobiliari non pagati; mentre il privilegio competente al creditore pignoratario è accordato al contratto accessorio del pegno, che si fonda sul possesso della cosa al creditore consegnata.

244. Dovendo la cosa venduta trovarsi nel possesso del compratore, onde il venditore abbia il privilegio pel prezzo, è chiaro che se il compratore primo avrà nuovamente venduta e consegnata la cosa ad un secondo compratore, il privilegio del primo venditore rimarrà estinto. Che se il primo compratore avrà venduta la cosa comprata, ma non l' avrà al secondo compratore consegnata, allora il privilegio del primo venditore dura e si con-

serva, esistendo sempre la cosa da lui venduta nelle mani del suo debitore. (1)

245. Se il compratore avrà data a comodato o in deposito la cosa comprata, il venditore conserverà e potrà esercitare il privilegio? Questo dubbio è deciso dalla L. 8, D. *Comod.*, secondo la quale il comodante conserva della cosa comodata la proprietà e il possesso: « Rei comodatæ et possessionem et proprietatem retinemus. » Se il comodante conserva della cosa data a comodato e proprietà e possesso, a più forte ragione e proprietà e possesso conserverà il deponente, il quale nè pur l' uso della cosa concede al depositario. La L. 17, § 1, D. *Depositi*, infatti ripete intorno al deponente ciò che la citata L. 8, *Comod.*, dice del comodante: « Rei depositæ proprietas apud deponentem manet: sed et possessio. » Siccome pertanto all' esercizio del privilegio del venditore sulla cosa venduta basta che il compratore sia sempre in possesso della cosa comprata, così è chiaro che il venditore conserverà e potrà esercitare il suo privilegio sulla cosa venduta, sebbene il compratore l' abbia data a comodato o in deposito. Lo stesso dicasi del caso, in cui il compratore abbia ad altri data a nolo la cosa comprata. Imperocchè il locatore non perde nè la proprietà nè il possesso della cosa locata, e il conduttore, come risulta dalla L. 25, D. § 1, *De adquir. vel am. pos.*, possiede a nome del locatore: « Et per colonos, et inquilinos possidemus. » Distinguono le Leggi Romane il possesso dalla detenzione, e per ciò nella L. 10, § 1, D. *De adquir vel am. poss.*, Ulpiano insegna: « Aliud est possidere, longe aliud in possessione esse. »

246. Suppongasi che il compratore abbia data in pegno ad un suo creditore la cosa comprata. Il venditore conserverà anche in questo caso il suo privilegio? La L. 35, § 1, D. *De pignorat. act.*, dichiara che il creditore pignoratario ha il possesso del pegno: « Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem. » Per ciò Paolo nella L. 37, D. dello stesso titolo, insegna che il creditore pignoratario conserva il possesso della cosa ricevuta in pegno, sebbene la ceda a titolo di affitto al debitore proprietario: « Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem: quia, antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio; cum et ani-

(1) Troplong, art. 2102, n. 184 bis.

mus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. » Alle leggi ora citate, che danno al creditore pignoratario il possesso del pegno, non osta ciò che nella L. 36, D. *De adquir. vel amit. pos.,* dice Giuliano: « Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere. » Imperocchè di quest' apparente contraddizione dà la spiegazione la L. 1, § 15, D. *De adquir. vel am. pos.,* la quale insegna, come il debitore pignorante si tiene per possessore della cosa data in pegno, al solo effetto ch' egli possa godere il benefizio della usucapione: « Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem, Julianus ait: ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri; ad usucapionem. » Toglie intorno al possesso della cosa data in pegno ogni dubbio la L. 16, D. *De usurpat. et usuc.,* la quale serve a conciliare con una luminosa evidenza la L. 36, D. *De adquir. vel am. pos.,* colle altre leggi sopra citate: « Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore, agendum est: quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet: adeo ut addici possit et possessio ejus, qui pignori dedit. » E che la L. 36 accenni appunto al solo possesso necessario alla usucapione risulta chiaramente dalle ultime parole della stessa legge, le quali alla usucapione si riferiscono: « Sed etsi eumdem precario rogaverit, (cioè il fondo dato in pegno) æque per diutinam possessionem capiet: nam cum possessio creditoris non impediat capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet: cum plus juris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet. » Le quali ultime parole e servono a spiegare la prima parte della legge, e confermano anzi la massima dalle altre leggi stabilita, le quali attribuiscono al creditore il possesso del pegno. Per ciò la detta L. 36 non dice: *Qui pignoris causa fundum creditori tradit, possidet;* ma invece *intelligitur possidere;* e vuol significare che sebbene il debitore pignorante non possegga il pegno, ciò nulla meno, quanto agli effetti derivanti dalla usucapione, si ha per possessore. Il comodato, il deposito, il pegno sebbene appartengano tutti e tre ai contratti reali, che si perfezionano colla tradizione della cosa, vi è tra i primi due e il pegno questa sostanziale ed importantissima differenza, che il comodatario e il depositario non acquistano alcun gius reale sulla

cosa data a comodato o in deposito; laddove il creditore pignoratario acquista un gius reale sulla cosa data in pegno per propria garanzia, e il diritto di alienarla, osservate le solennità dalla legge prescritte. Non sono diversi i principj del Codice Napoleone, il quale se non accorda al creditore pignoratario il gius d'ipoteca, concede allo stesso un privilegio che è un diritto reale radicato, non meno della ipoteca, sulla cosa che ne è il soggetto. Nè dalla disposizione dell'articolo 2079, il quale dichiara che il pegno rimane presso del creditore come un deposito per cauzione del suo privilegio, potrebbe trarsi la conseguenza, doversi il possesso del creditore pignoratario parificare al possesso, o, per dir meglio, alla detenzione che ha il depositario della cosa depositata. Il pegno ha questo di comune col deposito, che il debitore pignorante fino a che non abbia sofferta la spropriazione ritiene la proprietà del pegno, come il deponente ritiene la proprietà del deposito, e che nè l'uno nè l'altro possono servirsi della cosa data in pegno o in deposito. Per ciò dice il citato articolo che il pegno rimane presso del creditore come un deposito, per significare cioè che il debitore conserva la proprietà del pegno, e non può il creditore servirsi della cosa data in pegno, sino a che col mezzo di una legale spropriazione non sia il debitore spogliato del suo dominio. Ma nel resto il possesso del creditore pignoratario è tanto diverso dal possesso del depositario, quanto sono diverse le cause che all'uno e all'altro possesso danno origine, e quanto sono diversi i diritti che ha il creditore pignoratario sulla cosa pignorata da quelli del depositario, che non ha sulla cosa depositata alcun diritto, ed ha l'obbligo di custodirla per comodo del deponente, e di restituirla appena ne sia stata fatta la dimanda. Se dunque il creditore pignoratario è il possessore della cosa ricevuta in pegno, è chiaro che il venditore di una cosa mobile, data in pegno dal compratore, non potrà esercitare il suo privilegio, essendo condizione prescritta dall'articolo 2102 all'esercizio del privilegio del venditore, che gli effetti mobiliari venduti e non pagati esistano tuttora in possesso del compratore debitore del prezzo. (1)

247. Si fa la questione dagl' Interpreti Francesi, se il venditore di un credito abbia il privilegio sul credito ceduto al pari del venditore di una cosa mobile corporale. Tratta il Persil que-

(1) Troplong, art. 2102, n. 185.

sta questione nell' Opera *Questions sur les Privilèges,* (1) e sostiene che l' opinione negativa è più conforme allo spirito e alla lettera della legge. Quegli che vende un credito, egli dice, vende, non già un effetto mobiliare, ma una cosa incorporale, e non suscettiva di privilegio; perchè indicando la legge le cose vendute mostra colle stesse espressioni, di cui ha fatto uso, che è stata sua intenzione di colpire di privilegio le sole cose corporali e i beni per loro natura mobili. Secondo pertanto l' opinione del Persil, se il cedente o i creditori del cessionario domandano un sequestro della somma dovuta dal debitore ceduto, e si apre per la distribuzione della somma stessa, che costituisce l' ammontare del credito ceduto, un concorso fra i diversi creditori del cessionario, il cedente non potrebbe vantare alcun privilegio, e della somma dovrebbe farsi la distribuzione per contributo fra lo stesso cedente e gli altri creditori. Torna il Persil su questa medesima questione nell'altra Opera *Régime Hypothécaire,* (2) e senza ricredersi della opinione già esternata si limita a confessare apertamente essere di avviso contrario Delvincourt, Favard de Langlade, e Dalloz. Il Troplong toccando questa questione (3) si meraviglia, che le opinioni dei Dottori siano divise sopra un punto di assai facile soluzione. Il Duranton (4) abbraccia la stessa opinione del Troplong contraria a quella del Persil. Io non esito a seguire il Troplong e il Duranton. L'articolo 2102 accorda il privilegio al prezzo *degli effetti mobiliari* non pagati. Queste espressioni si applicano tanto alle cose mobili corporali, quanto ai crediti. Imperocchè l' articolo 535 dichiara, che l' espressione di *beni mobili,* o quella d'*effetti mobiliari,* comprende generalmente tutto ciò che viene riputato mobile, secondo le regole negli antecedenti articoli stabilite. Queste regole, a cui accenna il citato articolo 535, sono determinate negli articoli 527, 528, e 529. L' articolo 527 dichiara che i beni sono mobili o per loro natura, o per determinazione della legge. L' articolo 528 stabilisce che sono mobili per loro natura i corpi che possono trasportarsi da un luogo all' altro, e l' articolo 529, che sono mobili per determinazione della legge le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigi-

(1) Liv. 1, chap. 2, § 5.
(2) Art. 2102, § 4, n. 4.
(3) Art. 2102, n. 187.
(4) Tit. 18, n. 126.

bili o effetti mobiliari. È dunque certo che in grazia delle regole dagli articoli ora citati stabilite le parole *effetti mobiliari,* di cui si serve l'articolo 2102 parlando del privilegio del venditore, abbracciano tanto i mobili corporali, quanto gl'incorporali. I mobili incorporali sono forse incapaci di privilegio? No certamente. Imperocchè l'articolo 2099 dichiara in termini generali ed assoluti che i privilegi possono essere costituiti sopra beni mobili o sopra beni immobili. E siccome dei beni mobili v'ha due specie, gli uni mobili per natura, gli altri mobili per determinazione della legge; così non v'ha dubbio che anche i mobili per determinazione della legge, ossia le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobiliari, sono suscettivi di privilegio al pari dei beni mobili per loro natura. Infatti l'articolo 2075 stabilisce che il privilegio, che nasce dal pegno, ha luogo sopra mobili incorporali, come sono i crediti mobiliari, osservate le forme e condizioni prescritte. Che se dal pegno costituito sopra un credito nasce il privilegio, come dal pegno di una cosa corporale, perchè non potrà il venditore di un credito avere pel prezzo della cessione privilegio sul credito ceduto al pari del venditore di una cosa mobile corporale sulla cosa venduta? Mi pare che il Troplong a ragione contraddica all'opinione del Persil, *cette opinion ne paraît pas admissible,* come quella contro la quale stanno le parole e lo spirito dell'articolo 2102, n° 4°, combinato cogli altri articoli or ora citati.

248. L'articolo 2102 accorda al venditore, come diremo più avanti, oltre il privilegio, il diritto altresì di rivendicazione, purchè *gli effetti si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna.* Osserva il Duranton (1) che questa condizione non è dall'articolo 2102 richiesta all'esercizio del privilegio, e conclude che il venditore può esercitare il suo privilegio, quand'anche gli effetti venduti non si trovino più in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna, e che il privilegio stesso rimane estinto nei casi soltanto, in cui i cangiamenti che gli effetti subirono nelle mani del compratore siano di tale natura che si possa dire che la cosa venduta più non sussiste. Così se furono vendute ad un sarto pezze di stoffa o di panno, e con queste furono fatti degli abiti rimasti in possesso

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 124.

del sarto, il venditore, secondo il Duranton, potrà esercitare il privilegio pel prezzo non pagato, sebbene gli effetti venduti non si trovino più in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna. Parimenti se sarà venduto del grano, e questo sarà stato macinato e ridotto in farina, il venditore del grano conserverà il privilegio sulla farina, purchè questa si trovi in possesso del compratore.

Per determinare se nel caso di un cambiamento avvenuto nello stato di una cosa mobile venduta si conservi o no il privilegio del venditore, vuolsi a parer mio ricorrere ai principj generali, dai quali possono trarsi le norme, onde sono regolati i casi e i modi di estinzione dei privilegi. È solo alla fonte di questi principj che dobbiamo attingere una regola certa che ci possa servire di guida nella soluzione del dubbio proposto dal Duranton. Insegna il Pothier appoggiato alla L. 8, D. pr. *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, che il pegno si estingue quando cessa di esistere la cosa che ne era il soggetto: « Contingit etiam pignoris extinctio ex rei pignoratæ interitu. » (1) Stabilito questo principio generale, soggiugne il Pothier a modo di dichiarazione: « Res autem interiisse intelligitur, si in speciem aliam transierit. » Secondo pertando l'insegnamento del Pothier il pegno perisce, quando la cosa a pegno soggetta fu cambiata in una nuova specie, sebbene ne sussista ancora la materia. La L. 18, § 3, D. *De pignorat. act.*, conferma la dottrina del Pothier: « Si quis caverit, ut *silva sibi pignori esset,* navem ex ea materia factam, non esse pignoris, Cassius ait; quia aliud sit materia, aliud navis. » La specificazione, ossia la formazione di una nuova specie, è dunque secondo il Pothier uno dei modi, onde il pegno si estingue. Fu grave questione tra gli antichi Proculejani e Sabiniani, se quando colla materia altrui si formava una nuova specie, dovesse la proprietà di questa nuova specie appartenere al padrone della materia, o pure a colui che colla materia non sua avea formata la specie nuova. Questa questione, di cui parla la L. 7, § 7, D. *De adquir. rer. dom.,* fu con molta sapienza, equità e giustizia troncata da Giustiniano col temperamento conciliativo, di cui fa parola il § 25 del titolo primo del libro secondo delle Istituzioni: « Et post multam Sabinianorum et Proculejanorum ambiguitatem, placuit media sententia existimantium,

(1) Ad Pand., lib. 20, tit. 6, sect. 3, n. 12.

si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. » A me pare pertanto che questa decisione di Giustiniano relativa alla specificazione debba applicarsi altresì alla suaccennata regola del Pothier, *res interiisse intelligitur, si in speciem aliam transierit.* Imperocchè se nel caso che la nuova specie possa ritornarsi *ad priorem et rudem materiam* quegli che ha il dominio della materia conserva altresì il dominio sulla nuova specie, perchè la formazione della nuova specie riducibile *ad priorem et rudem materiam,* chiunque ne sia l' autore, o il proprietario della materia o altri, estinguerà il gius di pegno? Se la formazione della nuova specie riducibile *ad priorem et rudem materiam* non ha forza di estinguere il gius di dominio che competeva al padrone della materia, nè pure aver dee potenza e forza di estinguere il gius di pegno che avea prima un legittimo creditore sulla materia trasformata in una specie nuova. Ma il Codice Napoleone, quanto alla specificazione, non si è attenuto alla distinzione adottata da Giustiniano, ed invece seguendo la opinione di Sabino e di Cassio, di cui fa parola la citata L. 7, § 7, D. *De adquir. rer. dom.,* dispone nell' articolo 570, che se un artefice o qualunque altra persona ha impiegata una materia che non gli apparteneva, per formare una cosa di nuova specie, possa o non possa questa materia riprendere la sua prima forma, colui che ne era il padrone ha diritto di pretendere la cosa che si è formata, rimborsando il prezzo della mano d' opera. Se dunque secondo i principj del Codice Napoleone la formazione di una nuova specie non ha più forza di estinguere il dominio spettante al padrone della materia, quand' anche la materia non possa riprendere la sua prima forma, nè pure avrà forza di spegnere il gius di pegno o di privilegio che sulla materia avea un creditore. La regola pertanto del Pothier relativa alla estinzione del pegno, *res interiisse intelligitur, si in speciem aliam transierit,* resta modificata in forza della disposizione del citato articolo 570, e la mutazione della cosa non può produrre l' estinzione del privilegio sulla medesima inerente. Ciò spiega il perchè l' articolo 2102, il quale fa dipendere l' esercizio della rivendicazione accordata al venditore dalla condizione che gli effetti mobiliari venduti si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo

della consegna, non richiede punto una tale condizione per l'esercizio del privilegio.

Dalla disposizione del citato articolo 570 abbiamo dedotta la conseguenza che la mutazione della cosa non estingue il privilegio alla medesima inerente. Tuttavia alla regola generale stabilita col detto articolo 570 è fatta una eccezione nell'articolo successivo 571, il quale dispone che quando la mano d'opera fosse tanto pregevole che sorpassasse d'assai il valore della materia impiegata, in tal caso l'industria sarà considerata come parte principale, e l'artefice avrà diritto di ritenere la cosa lavorata, rimborsando il proprietario per il prezzo della materia. Con questa disposizione il Codice Napoleone ha seguita la massima che pel caso speciale della pittura adottò, Giustiniano nel § 34 del titolo *De rerum Divisione* delle sue Istituzioni: « Nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. » Giustiniano che trovava ridicolo che una pittura di Apelle dovesse cedere ad una tavola vile, non credeva però egualmente ridicolo che uno scritto prezioso dovesse cedere alla carta o pergamena, e però nell'antecedente § 33 stabiliva: « Si in chartis, membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. » Con migliore consiglio il Codice Napoleone adottò coll'articolo 571 sopra citato una massima generale non ristretta ad alcun caso speciale. Dalla disposizione del quale articolo 571, che stabilisce una eccezione alla regola generale dell'antecedente articolo 570, si può con tutta ragione dedurre, che verificandosi il caso dal detto articolo 571 contemplato, la mutazione avvenuta nella cosa, se ha forza di estinguere persino il dominio del padrone, avrà forza altresì di spegnere il diritto di privilegio che sulla cosa stessa gravitava. Diventando infatti la mano d'opera cosa principale, la materia prima, su cui era radicato il privilegio del creditore, sparisce in faccia alla legge, e quindi svanir deve necessariamente il privilegio che alla medesima era attaccato. Perciò il Duranton, secondo il quale il privilegio del venditore si conserva non ostante i cambiamenti che ha subito la cosa nelle mani del compratore, non lascia di avvertire che il privilegio dovrebbe aversi però estinto nel caso, in cui i detti cambiamenti fossero di tale na-

tura da far scomparire in diritto la cosa stessa: « Nous ne regardons le privilège comme éteint que dans les cas où les changements qu'a subis la chose dans la main de l'acheteur seraient de telle nature qu'on dût dire, en droit, qu'elle ne subsiste plus. »

249. Secondo l'articolo 517 i beni sono immobili o per la loro natura, o per la loro destinazione; e giusta l'articolo 524 sono beni immobili per destinazione le cose che il proprietario di un fondo vi ha poste per il servizio e la coltivazione del medesimo, non che tutti gli effetti mobiliari annessi dal proprietario ad un fondo coll'intenzione che vi restino perpetuamente. Suppongasi che la cosa mobile venduta sia per la destinazione avuta dal compratore divenuta immobile, il venditore conserverà ciò non ostante il suo privilegio? Il Troplong (1) tratta questa questione, e sostiene che il venditore conserva il suo privilegio. Non si può ammettere, dice il Troplong, che il compratore coll'imprimere alla cosa comprata una qualità puramente metafisica per suo proprio comodo abbia potuto alterare e pregiudicare i diritti del venditore, e sottrargli il suo pegno. La destinazione adunque, che dà alla cosa un carattere morale contrario alla natura della medesima, non può essere che imperfetta e subordinata ai diritti di privilegio competenti al venditore. Per me quest'argomento non ha gran forza. Imperocchè come il compratore può pregiudicare irreparabilmente il privilegio del venditore, rivendendo e consegnando ad un terzo la cosa comprata, con eguale diritto potrebbe far sparire il privilegio del venditore dando alla cosa una destinazione incompatibile coll'esercizio del detto privilegio. D'altra parte qual forza potrebbe avere il detto argomento a fronte della disposizione dell'articolo 592 del Codice di Procedura, il quale dichiara che non si possono pignorare gli oggetti che la legge dichiara come stabili per causa della loro destinazione? Che gioverebbe infatti al venditore il suo privilegio, quando la destinazione data dal compratore alla cosa togliesse il diritto di esercitarlo mediante il sequestro e la vendita giudiziale della cosa divenuta immobile? Sarebbe, a parer mio, insuperabile la obiezione che darebbe in mano l'articolo 592 del lodato Codice di Procedura contro l'argomento del Troplong. Se non che lo stesso Codice di Procedura scioglie ogni difficoltà colla

(1) Art. 2099, n. 113.

disposizione del successivo articolo 593, il quale dichiara che gli oggetti nell' antecedente articolo indicati non possono essere pignorati per alcun titolo, nemmeno per credito dello Stato, eccetto che per alimenti somministrati al debitore, per somme dovute a coloro che abbiano fabbricato o venduto i detti oggetti, o che abbiano prestato del denaro per comprarli, fabbricarli o ripararli e per pochi altri titoli nominatamente indicati. Se gli effetti venduti non ostante la destinazione ricevuta dal compratore possono come cosa mobile pignorarsi dal venditore, è evidente che per volere di legge conservano la loro primitiva natura in faccia allo stesso venditore, il cui diritto di privilegio per conseguenza riman salvo ed inalterabile.

250. La difficoltà, di cui ora abbiamo parlato, potrebbe sembrare più seria, quando la cosa comprata fosse stata dal compratore unita all' immobile con gesso, calce o stucco. Conserverà anche in questo caso il venditore il suo privilegio, e potrà all' appoggio del citato articolo 593 del Codice di Procedura domandare della cosa venduta il sequestro e la vendita giudiziale? Mi pare che anche in questo caso il privilegio del venditore, e il diritto di chiedere il pignoramento e la vendita della cosa venduta debbano esser salvi, essendo generale ed assoluta la disposizione del citato articolo 593 del Codice di Procedura. Se non che in questo caso il venditore, onde ottenere la separazione della cosa venduta dall' immobile, al quale è stata dal compratore congiunta, dovrà far uso dell' azione *ad exhibendum,* lo scopo della quale è dalla L. 2, D. *Ad exhib.,* chiaramente indicato: « Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. » Se col rimedio dell' azione *ad exhibendum* non ottiene il venditore la separazione della cosa venduta dall' immobile a cui fu unita con gesso, calce o stucco, o in altro modo, come potrebbe approfittare della facoltà concessa dal citato articolo 593, e domandare della cosa stessa il sequestro e la vendita giudiziale? La quale azione sebbene sia preparatoria del giudizio di rivendicazione, come dice la L. 1, D, *Ad exhib.,* ai creditori altresì muniti di azione reale dalla L. 3, § 3, D. dello stesso titolo, viene accordata: « Et ei competit, qui in rem acturus est, qualicumque in rem actione; etiam pignoratitia, Serviana, sive hypothecaria, quæ creditoribus competunt. » Nel caso adunque, che abbiamo supposto, l' esercizio del privilegio del venditore sarà

subordinato alla detta azione *ad exhibendum,* non potendosi intentare un giudizio di esecuzione su di una cosa mobile, finchè la medesima resta ad un immobile attaccata. Se, p. e., saranno stati venduti dei legnami ad un proprietario impiegati nella costruzione di una casa, non potrebbe il venditore esercitare il suo privilegio, mentre la L. 6, D. *Ad exhib.,* gli nega il diritto di muovere l'azione *ad exhibendum:* « Aliter atque in tigno juncto ædibus: de quo nec ad exhibendum agi potest, quia Lex duodecim Tabularum solvi vetaret. »

Finchè il venditore fa uso del suo privilegio in concorso del solo compratore e dei creditori chirografarj del medesimo, non gli sarà d'ostacolo per le ragioni or ora dette la destinazione data dal compratore alla cosa mobile acquistata. Che se il venditore vorrà esercitare il suo privilegio in concorso e in pregiudizio di un creditore avente ipoteca sull'immobile, al quale fu aggregata dal compratore la cosa mobile divenuta immobile per destinazione, in questo caso il creditore ipotecario avrà tutto il diritto di opporre l'immobilizzazione della cosa. Imperocchè essendo efficacemente in forza della destinazione la cosa mobile venduta divenuta immobile, il terzo che sulla cosa stessa trasformata ha acquistato lo stesso diritto reale che gli compete sull'immobile, può giustamente respingere la pretesa del venditore allegando la perenzione della cosa mobile, sulla quale era radicato il privilegio.

251. L'articolo 2102 non accorda soltanto al venditore di effetti mobiliari non pagati il privilegio, di cui abbiamo brevemente discorso; gli concede altresì l'azione di rivendicazione, e di questa ci faremo ora a parlare.

Siccome il Diritto Romano, come si disse, fa dipendere la traslazione del dominio della cosa venduta dalla piena consumazione del contratto, ossia dalla tradizione insieme e dal pagamento del prezzo, così se il venditore fa da parte sua la tradizione *non habita fide de pretio,* e il compratore non paga il dovuto prezzo, il dominio non si trasferisce, e compete al venditore il diritto di rivendicare dalle mani del compratore la cosa venduta, come quella di cui il compratore non potè acquistare il dominio. Ciò è chiaramente stabilito dal Voet: « Si tradita quidem fuerit res vendita emptori, sed fide de pretio non habita; cum ita manserit in venditoris dominio, vindicari a venditore

potest. » (1) Ecco adunque il caso, in cui per Gius Romano compete al venditore la rivendicazione della cosa venduta e consegnata. Questo caso ha luogo, quando fu fatta dal venditore la tradizione della cosa al compratore *non habita fide de pretio.* Il Codice Napoleone, come si disse, non attenendosi in questa parte al rigore della Romana Giurisprudenza, dichiara nell' articolo 1583, che la proprietà della cosa venduta si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore al momento che siasi convenuto su la cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo. Non ostante questa massima, e con poca coerenza alla medesima, l'articolo 2102, n° 4°, accorda al venditore di effetti mobiliari non pagati, se la vendita è stata fatta senza dilazione al pagamento, ossia *non habita fide de pretio,* il diritto di rivendicarli dalle mani del compratore.

252. Quattro sono le condizioni, che all' esercizio dell'azione di rivendicazione richiede l' articolo 2102; 1° che la vendita sia fatta senza dilazione al pagamento del prezzo; 2° che la cosa venduta sia ancora nel possesso del compratore; 3° che la cosa si trovi in quello stato medesimo in cui era al tempo della consegna; e 4° finalmente che la rivendicazione sia proposta entro otto giorni dal fatto rilascio.

253. La prima condizione è la stessa che all' esercizio dell' azione di rivendicazione richiedeva il Gius Romano. Imperocchè, come già si è osservato, secondo il Romano Diritto il venditore, che avea fatta la tradizione della cosa al compratore, poteva rivendicarla, purchè la tradizione fosse stata fatta *non habita fide de pretio.* Quando la tradizione era fatta *non habita fide de pretio,* il dominio non si trasferiva, finchè non era dal compratore pagato il prezzo, e non verificandosi questa condizione, che teneva sospesa la traslazione del dominio, poteva il venditore muovere la rivendicazione. Al contrario quando il venditore faceva la tradizione *habita fide de pretio,* il dominio passava interamente nel compratore, e quindi nessun diritto più avea il venditore, rimasto semplice creditore del prezzo, d'intentare la rivendicazione contro il compratore. Quando pertanto il venditore avea fatta la tradizione della cosa venduta, per giudicare se a lui restava salvo in difetto di pagamento il diritto di muo-

(1) Lib. 6, tit. 1, n. 15.

vere la rivendicazione, era mestieri determinare se o no la tradizione era stata fatta *habita fide de pretio*. La quale azione di rivendicazione nel caso di tradizione fatta *non habita fide de pretio* competeva al venditore non già come un mezzo di ottenere la risoluzione del contratto già perfetto ed irretrattabile, ma per l'unica ragione che la tradizione non avea potuto operare la traslazione del dominio, la quale non aveva mai luogo se il prezzo non era pagato o *satis eo nomine factum*. È poi da avvertirsi che per Gius Romano la tradizione operava la traslazione del dominio non solo nel caso che il venditore avesse concessa al compratore una dilazione al pagamento del prezzo; ma ancora quando il venditore accettava un pegno od una ipoteca o mallevadori, o riceveva gl' interessi del prezzo, o al credito era fatta novazione. (1)

Non ostante la disposizione dell' articolo 1583, giusta il quale la traslazione del dominio dal venditore al compratore non dipende nè dalla tradizione, nè dal pagamento del prezzo, l' articolo 2102 accorda al venditore non soddisfatto del prezzo la rivendicazione nell' identico caso, in cui competeva per Gius Romano, ossia quando trattasi di vendita fatta senza dilazione al pagamento. E siccome il detto articolo 2102 nell' accordare al venditore l' azione di rivendicazione è mosso dagli stessi motivi, onde l'azione stessa era per Gius Romano accordata al venditore che faceva la tradizione *non habita fide de pretio*; così io tengo che il venditore di effetti mobiliari non potrà intentare la rivendicazione, non ostante che la vendita sia stata fatta senza dilazione al pagamento, quando si verificherà alcuno dei casi, onde la vendita si ha per fatta *habita fide de pretio*, ossia quando il venditore avrà accettato un pegno o fidejussori, o avrà consentito alla novazione del credito.

254. Seconda condizione. Per Gius Romano la rivendicazione, nei casi in cui compete, si esercita contro qualsiasi possessore della cosa da rivendicarsi, sia che si tratti di mobili o di immobili. La L. 9, D. *De rei vind.*, stabilisce chiaramente questo principio: « Officium judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. » Il Codice Napoleone non volendo pregiudicare al commercio e alla libera contrattazione degli effetti mo-

(1) Voet, lib. 19, tit. 1, n. 11.

biliari, nega l'azione di rivendicazione al venditore, sebbene la vendita sia stata fatta senza dilazione al pagamento, se la cosa mobile venduta passò in terze mani. Se pertanto il compratore avrà rivenduta la cosa ad un terzo, il primo venditore non soddisfatto potrà rivendicarla, se non ne fu fatta la tradizione al secondo compratore, e non avrà diritto d'intentare la rivendicazione, se la cosa fu dal primo compratore al secondo consegnata. Sebbene il secondo contratto sia perfetto, finchè la cosa si conserva nel possesso del primo compratore, che non ne fece ancora al secondo la tradizione, nulla può impedire il primo venditore dall' esercizio della rivendicazione, trovandosi la cosa in possesso del primo compratore. Al contrario quando il primo compratore rivende e consegna al secondo la cosa, vien meno la condizione richiesta dall' articolo 2102 all' esercizio della rivendicazione, quella cioè del possesso della cosa presso il compratore, e quindi il primo venditore riman privo del diritto di intentare la rivendicazione. L'azione di rivendicazione, che è azione reale, per regola generale si muove contro qualunque possessore della cosa. (1) L'azione speciale di rivendicazione accordata dall' articolo 2102 al venditore di cosa mobile nel caso di vendita fatta *non habita fide de pretio* non si può muovere contro qualunque possessore. È assolutamente necessario all' esercizio di quest' azione che il possessore, contro cui si intenta, sia lo stesso compratore. La rivendicazione contro un terzo possessore non compete.

255. Terza condizione. Per Gius Romano il proprietario di una cosa mobile perdeva il diritto di muovere la rivendicazione qualunque volta la cosa già sua cessava di appartenergli, e cadeva nella proprietà di un altro in grazia o della specificazione, o della accessione o della confusione, di cui parla Giustiniano nei §§ 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34 del titolo primo del libro secondo delle Istituzioni. Quando non si operava la traslazione del dominio, il diritto di rivendicazione rimaneva salvo al proprietario, e di ciò fa prova la decisione che dà Giustiniano nel § 28 del citato titolo, ove è contemplato il caso del frumento di un proprietario misto a quello di un altro: « Quod si frumentum Titii frumento tuo mistum fuerit: si quidem ex voluntate vestra, com-

(1) Vinnii Instit., lib. 4, tit. 6, § 1, n. 16, alle parole *rem corporalem possident*.

mune est, quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt: quod si casu id mistum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse; quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mista fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur; in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit. » Il Codice Napoleone nel Capo secondo del titolo secondo del secondo libro, e precisamente nella Sezione che tratta *Del diritto d' accessione relativamente alle cose mobiliari* si è in molte parti allontanato dalle regole stabilite da Giustiniano nel citato titolo delle Istituzioni. Dispone, p. e., l'articolo 570, come altra volta ebbi occasione di accennare, che se un artefice o qualunque altra persona ha impiegata una materia che non gli apparteneva, per formare una cosa di nuova specie, *possa o non possa questa materia riprendere la sua prima forma,* colui che ne era il padrone ha diritto di pretendere la cosa che si è formata, rimborsando il prezzo della mano d' opera. La quale decisione è diversa da quella che nel citato § 25 del titolo citato delle Istituzioni adottò Giustiniano. Non ostante la massima stabilita dal detto articolo 570 il venditore, che ha venduto mediante un contratto di vendita fatta senza dilazione al pagamento una materia qualunque ad un artefice o a qualunque altra persona, che ne ha formata una cosa di nuova specie, non ha diritto di muovere la rivendicazione, perchè lo stesso articolo 2102 che gli accorda il diritto di rivendicazione, vuole e prescrive che gli effetti venduti si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna. Quando il compratore colla materia vendutagli ha formata una cosa di nuova specie, manca la condizione a cui è alligato l' esercizio della rivendicazione concessa al venditore, non trovandosi più la cosa venduta in quello stato medesimo, in cui era al tempo della consegna. Nè da ciò si deve dedurre che la disposizione dell' articolo 2102, che accorda al venditore, se la vendita è stata fatta senza dilazione al pagamento, il diritto di rivendicazione, sia in contraddizione colla massima fissata dal detto articolo 570. Imperocchè l' articolo 570 accorda al padrone della materia impiegata dall'artefice, o da qualunque altra persona, a formare una

cosa di nuova specie il diritto di pretendere la cosa che si è formata, perchè suppone che il proprietario della materia abbia della materia stessa conservata la proprietà. Al contrario l'articolo 1583 attribuisce di diritto la proprietà della cosa venduta al compratore, al momento che siasi convenuto sù la cosa e sul prezzo, quantunque non abbia ancora avuto luogo la tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo. Ond'è che il diritto di rivendicazione accordato dall'articolo 2102 al venditore nel caso di una vendita fatta senza dilazione al pagamento non è in coerenza col detto articolo 1583. E però il confronto dell'articolo 2102 n° 4°, che accorda l'esorbitante diritto di rivendicazione al venditore, colla disposizione del detto articolo 1583, giusta il quale la proprietà della cosa venduta si acquista di diritto dal compratore indipendentemente dalla tradizione della cosa e dal pagamento del prezzo, fa sparire l'apparente contraddizione che alcuno credesse di ravvisare tra l'articolo 570, che dà diritto al padrone della materia di pretendere la cosa ridotta a nuova specie, e l'articolo 2102, che accorda al venditore il diritto di rivendicazione sì veramente che gli effetti venduti si trovino in quello stato medesimo, in cui erano al tempo della consegna. Se l'articolo 2102 accorda al venditore il diritto di rivendicazione, che sarebbe incompatibile colla massima stabilita dal detto articolo 1583, era giusto che almeno richiedesse siccome condizione rigorosamente necessaria all'esercizio dell'azione, che gli effetti venduti si debbano trovare in quello stato medesimo, in cui erano al tempo della consegna.

Gl'Interpreti del Diritto Francese spiegano la terza condizione, di cui ora ragioniamo, richiesta all'esercizio della rivendicazione, con varj esempj. Se il vino venduto, dice il Troplong, (1) sarà stato messo in bottiglie, la rivendicazione non può più aver luogo. Così pure, secondo il Troplong (2) e il Persil, (3) se le balle, entro le quali erano chiuse le mercanzie all'epoca della vendita, saranno state disfatte, e le mercanzie tratte fuori ed esposte in vendita, la rivendicazione non potrà aver luogo. A più forte ragione la rivendicazione non potrà intentarsi, se coi drappi venduti saranno stati fatti vestiti,

(1) Art. 2102, n. 196.
(2) N. 196.
(3) Art. 2102, § 4, n. 14.

se il grano venduto sarà stato macinato e ridotto in farina. (1)

256. Quarta condizione. L'articolo 2102 non fissa alcun termine all'esercizio del privilegio, il quale compete finchè l'azione principale del credito non è prescritta, e la cosa venduta esiste tuttora in possesso del debitore. Al contrario essendo la rivendicazione accordata al venditore nel solo caso della vendita fatta senza dilazione al pagamento, deve proporsi entro il breve termine di otto giorni dal fatto rilascio. Passato un più lungo tempo, presume la legge che la vendita sia fatta *habita fide de pretio.*

257. La rivendicazione è azione che di sua natura si esercita sulle cose corporali. Giustiniano (2) per ciò parlando dell'azione di rivendicazione competente *jure dominii* al padrone dice espressamente: « Veluti si rem *corporalem* possideat quis, quam Titius suam esse affirmet. » Il venditore pertanto di un credito, al quale, come si disse, non può negarsi il privilegio sulla somma del credito ceduto per essere preferito ai creditori del cessionario debitore o in tutto o in parte del prezzo della cessione, non potrà intentare l'azione di rivendicazione, sebbene la cessione sia stata fatta senza dilazione al pagamento, azione esercibile soltanto dal venditore di cose mobili corporali. Ma se il cedente di un credito non può muovere la rivendicazione accordata dall'articolo 2102, n° 4°, al venditore di cose mobili, non potendo le cose incorporali essere il soggetto dell'azione di rivendicazione, può però, oltre il privilegio, giovarsi di un altro rimedio, domandare cioè la risoluzione del contratto di cessione. Questo diritto compete al cedente in grazia della generale disposizione dell'articolo 1184, il quale stabilisce che la condizione resolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Questo diritto inoltre compete al cedente in forza dell'articolo 1654, secondo il quale se il compratore non paga il prezzo, il venditore può domandare che la vendita venga disciolta. Il cedente adunque pel prezzo della cessione ha due rimedj, il privilegio attribuito ad ogni venditore di cosa mobile dall'articolo 2102, e l'azione per la risoluzione del contratto di cessione derivante dagli arti-

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 124.
(2) Instit., lib. 4, tit. 6, § 1.

coli 1654 e 1184. (1) Anche il Persil, che nega, come si disse, al venditore di un credito il privilegio, gli accorda però il diritto di domandare la risoluzione della cessione. (2)

258. Sono d'accordo gl'Interpreti nell'ammettere che il cedente, a cui viene negata l'azione di rivendicazione concessa dall'articolo 2102 al venditore di mobili corporali, ha il diritto di domandare all'appoggio dei citati articoli 1654 e 1184 la risoluzione della cessione. Sono discordi le opinioni intorno al punto, se dello stesso diritto possa far uso il venditore di mobili corporali, non ostante che a questo competa l'azione di rivendicazione nel caso di vendita fatta senza dilazione al pagamento. Il Duranton, il quale accorda al cedente il diritto a chiedere la risoluzione del contratto, pretende e sostiene che, quanto al venditore di mobili corporali, il diritto a chiedere la risoluzione della vendita risultante dagli articoli 1184 e 1654 è stato trasfuso nel diritto di rivendicazione accordato dall'articolo 2102, e che il venditore di mobili corporali, a cui dall'articolo 2102 è concessa l'azione di rivendicazione colle ivi prescritte limitazioni, non può più invocare il rimedio dell'azione risolutoria. Secondo il Duranton l'azione di rivendicazione accordata dall'articolo 2102 non è che l'esercizio ristretto e modificato dell'azione risolutoria. O si tratta, dice il Duranton, della cessione di un credito, e allora al cedente compete, oltre il privilegio, l'azione risolutoria concessa dagli articoli 1184 e 1654, perchè le modificazioni e restrizioni portate dal n° 4° dell'articolo 2102 all'esercizio dell'azione risolutoria non sono applicabili al cedente di un credito. O si tratta della vendita di cose mobili corporali, e allora il venditore ha il privilegio e l'azione risolutoria modificata e trasfusa nel diritto di rivendicazione esercibile nei casi e sotto le condizioni stabilite dall'articolo 2102. (3) Il Troplong è di contrario avviso, (4) e sostiene che una triplice garanzia è data dalla legge al venditore di mobili corporali non pagati, cioè il privilegio e la rivendicazione concessi colla disposizione dell'articolo 2102, ed inoltre l'azione risolutoria, derivante dai citati articoli 1184 e 1654. Io credo che alla opinione del Troplong,

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 126.
(2) Questions sur les Priv., chap. 2, § 5.
(3) Liv. 3, tit. 18, n. 126.
(4) Art. 2102, n. 198.

sostenuta anche dal Persil, (1) non possa opporsi alcuna valida obiezione, e che a torto il Duranton confonda l'azione risolutoria coll'azione di rivendicazione. E infatti stabilisce l'articolo 1184 che la condizione resolutiva, di cui io mi riserbo di parlare espressamente nel secondo Volume allora che terrò discorso dei privilegi sopra gli immobili, *è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici*. Se la detta condizione è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici, perchè non potrà giovarsi dell'azione risolutoria il venditore di mobili corporali, il cui contratto è certamente bilaterale o sinallagmatico? Non è meno generale ed assoluta la disposizione dell'articolo 1654, il quale dichiara che se il compratore non paga il prezzo, il venditore può dimandare che la vendita venga disciolta. A fronte dei chiari testi ora citati, concepiti in termini sì generali ed assoluti, come si può negare al venditore di mobili corporali l'azione risolutoria? Quale disposizione di legge può opporre il Duranton, che faccia tacere riguardo al venditore di mobili corporali, o modifichi le dette massime e disposizioni generali? Nè mi risponda il Duranton che riguardo al venditore di mobili corporali il diritto d'intentare l'azione risolutoria è stato modificato colla concessione fatta nell'articolo 2102 del diritto di rivendicazione. Imperocchè l'azione risolutoria derivante dai citati articoli 1184 e 1654 è un diritto affatto diverso dal diritto di rivendicazione concesso dall'articolo 2102. Paolo nella L. 23, pr. D. *De rei vind.,* parlando dell'azione di rivendicazione dice chiaramente che deriva dal dominio: « In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium adquisivit. » L'azione pertanto di rivendicazione concessa dall'articolo 2102 suppone che il dominio della cosa venduta non sia passato nel compratore, quando la vendita è stata fatta senza dilazione al pagamento, e per questo il diritto di rivendicazione accordato dall'articolo 2102 non è in armonia, come si disse, colla massima proclamata dall'articolo 1583. Al contrario l'azione risolutoria suppone che la vendita abbia avuto il pieno suo effetto, e il dominio sia passato nel compratore. Di ciò fa prova non dubbia la L. 41, pr. D. *De rei vind.,* la quale reca il caso di una vendita stipulata sotto una condizione risolutiva: « Si quis hac lege emerit, *ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione,* post illatam conditionem, jam non potest in

(1) Questions sur les Privil., chap. 2, § 5.

rem actione uti. » Verificandosi la condizione risolutiva, nega la legge ora citata l'azione reale di rivendicazione, perchè trattandosi di una condizione risolutiva, e non sospensiva, il dominio passò nel compratore. L'azione risolutoria è un'azione personale, colla quale si dimanda lo scioglimento di un contratto che ha avuto il suo effetto, e può giusta l'articolo 1184 essere accordata al convenuto una dilazione a norma delle circostanze; laddove l'azione di rivendicazione, che è reale, colpisce immediatamente la cosa, come se il contratto di vendita non fosse stato stipulato. Non bisogna dunque confondere l'azione di rivendicazione, accordata dall'articolo 2102 nel caso di vendita fatta senza dilazione al pagamento, coll'azione risolutoria concessa dai citati articoli 1184 e 1654, essendo due azioni e diritti affatto distinti; e non vi essendo alcuna disposizione che imponga limiti al venditore di cosa mobile corporale nell'esercizio dell'azione risolutoria, è forza il concludere che il venditore di cosa mobile corporale ha in suo potere tre rimedj: il privilegio, di cui può sempre far uso, nel caso di vendita fatta senza dilazione o con dilazione al pagamento del prezzo; la rivendicazione esercibile nel solo caso di vendita fatta senza dilazione al pagamento; e finalmente l'azione risolutoria, della quale può far uso quando anche per difetto di alcuna delle condizioni prescritte dall'articolo 2102 non possa valersi dell'azione di rivendicazione.

259. Allorchè si parlò del privilegio del locatore, si disse che un tale privilegio colpisce tutti i mobili ed oggetti destinati a mobiliare e guarnire la casa o il fondo, sia che i medesimi appartengano al conduttore in proprietà, o pure ad altri. È molto facile a verificarsi il conflitto tra il locatore e un venditore di mobili stati dal conduttore trasportati nella casa o nel fondo tenuto in affitto. A dir vero, in questo conflitto non sarebbe stata difficile la decisione. Imperocchè, ammesso il principio, che gli effetti tutti destinati a mobiliare e a guernire la casa o il fondo rimangono soggetti al privilegio del locatore senza alcun riguardo a chi ne abbia la proprietà, la conseguenza da dedursi sarebbe che nel detto conflitto il privilegio del locatore deve essere preferito a quello del venditore. Infatti, se il privilegio del locatore fa tacere il diritto del proprietario dei mobili introdotti nella casa o nel fondo, a più forte ragione deve avere la preferenza a quello del venditore, essendo il privilegio un diritto meno

forte del gius di dominio. Il Codice Napoleone prevedendo il detto conflitto tra il locatore e il venditore dei mobili non ha voluto lasciarlo alla decisione dei giureconsulti, ed ha espressamente colla chiara disposizione dell' articolo 2102 accordata la preferenza al privilegio del locatore, sì veramente che non sia provato che il locatore fosse informato che i mobili e gli altri oggetti inservienti alla casa o al fondo non erano di pertinenza del locatario. Quando sia fatta la prova, a cui si accenna col detto articolo 2102, è giusto che al privilegio del locatore sia preferito quello del venditore, il cui privilegio ha per causa il sacro diritto della proprietà, che al venditore stesso spettava sulla cosa venduta. È chiaro che questa prova deve farsi dal venditore, il quale reclama la preferenza. Imperocchè avendo la detta prova per fine di far tacere la regola generale, giusta la quale il locatore ha diritto di privilegio su tutte le cose che servono a mobiliare e a guernire la casa o il fondo, la prova stessa si deve compiere da chi vi ha interesse, ossia dal venditore, che vuol sottrarre la cosa venduta al privilegio del locatore, o, per meglio dire, reclama il diritto di preferenza. (1)

260. L' articolo 2102 dichiara di non derogare alle leggi e consuetudini commerciali concernenti la rivendicazione. La rivendicazione nella materia commerciale è regolata dagli articoli 576 e successivi, che si contengono nel titolo terzo del libro terzo del Codice di Commercio. Accorda l' articolo 576 del detto Codice al venditore il diritto in caso di fallimento di rivendicare le mercanzie da lui vendute e consegnate, e delle quali il prezzo non gli è stato pagato, ne' casi e nelle condizioni determinate negli articoli successivi. Gli articoli 577 e 578 dispongono che la rivendicazione non potrà aver luogo se non mentre le mercanzie spedite saranno ancora in via, sia per terra, sia per acqua, e prima che siano entrate ne' magazzini del fallito, o del commissionato di venderle per di lui conto, e che non potranno essere rivendicate, se prima del loro arrivo sono state vendute senza frode, sopra fatture, polizze di carico, o lettere di vettura. In caso di rivendicazione, il rivendicante giusta l' articolo 579 è obbligato d' indennizzare lo stato attivo del fallito per ogni anticipazione da lui fatta di nolo o vetture, commissione, assicurazione o altre spese, e di pagare le somme dovute per gli

(1) Troplong, art. 2102, n. 186. Persil, art. 2102, § 4, n. 9 e 10.

stessi oggetti, se non vi fosse stata soddisfazione. La rivendicazione però giusta l'articolo 580 non può essere esercitata, se non sulle mercanzie le quali siano identicamente le stesse, ed allora quando si riconoscerà che le balle, i barili, e gl'involti, ne' quali esse si trovavano al momento della vendita, non sono stati aperti; che le corde o marchi non sono stati nè rotti nè cangiati; e che le mercanzie non hanno sofferto in natura e quantità nè cangiamento, nè alterazione. Dispone inoltre l'articolo 581, che potranno essere rivendicate per tutto il tempo in cui esisteranno in natura, o in tutto o in parte, le mercanzie consegnate al fallito a titolo di deposito, o per essere vendute per conto del mandante. In quest'ultimo caso può anche il prezzo delle dette mercanzie essere rivendicato, se non è stato pagato o passato nel conto corrente tra il fallito ed il compratore. Stabilisce altresì l'articolo 582 che in tutti i casi di rivendicazione, eccettuati quelli di deposito e di consegna di mercanzie, i sindaci de' creditori hanno la facoltà di ritenere le mercanzie rivendicate, pagandone al reclamante il prezzo convenuto fra lui ed il fallito.

261. Il diritto dunque di rivendicazione in materia commerciale è regolato dalle particolari disposizioni del Codice di Commercio, a cui non ha punto derogato l'articolo 2102, che regola semplicemente il diritto di rivendicazione in materia civile. Nasce però intorno a ciò una questione di non lieve importanza, ed è: se non verificandosi le condizioni volute dal Codice di Commercio per l'esercizio della rivendicazione, possa ciò non ostante il venditore far uso del privilegio che l'articolo 2102 accorda al venditore di effetti mobiliari. Il Duranton (1) ed il Troplong (2) dicono, che i diritti del venditore in materia commerciale sono regolati dal Codice di Commercio; che questo Codice non accorda alcun privilegio al venditore, ma semplicemente l'azione di rivendicazione; che l'articolo 2102 non ha voluto portare alcuna deroga o modificazione alle disposizioni del Codice di Commercio, e che per ciò in materia commerciale il venditore non può invocare il privilegio accordato dall'articolo 2102 del Codice Civile. Io m'attengo alla opinione del Persil, il quale (3) so-

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 125.
(2) Art. 2102, n. 200.
(3) Art. 2102, § 4, n. 23.

stiene l'opposta sentenza. Non si devono colla interpretazione creare i privilegi; ma nè pure si deve spingere il rigore al punto da negar quelli che la legge accorda. Ora l'articolo 2102 senza distinguere la materia commerciale dalla civile, i commercianti dai non commercianti, accorda al venditore di effetti mobiliari non pagati il privilegio, se esistono tuttora in possesso del debitore, tanto che gli abbia comperati con dilazione al pagamento, o senza; e oltrè questo diritto di privilegio, se la vendita fu fatta senza dilazione al pagamento, anche il diritto di rivendicazione, dichiarando che *non resta derogato alle leggi e consuetudini commerciali concernenti la rivendicazione.* Chi non vede che quest' ultima dichiarazione si riferisce unicamente al diritto di rivendicazione ? Da queste parole altra conseguenza non può trarsi se non che, quando si tratta di materia commerciale, il diritto di rivendicazione competente al venditore deve essere regolato non già dalla disposizione dell' articolo 2102 del Codice Civile, ma dalle leggi e consuetudini commerciali. Se l' articolo 2102 avesse dichiarato in termini generali, che *non resta derogato alle leggi e consuetudini commerciali,* forse allora con più ragione si potrebbe sostenere, che al venditore nel caso di materia commerciale i soli diritti competono accordati dalle leggi e consuetudini commerciali, e quindi il solo diritto di rivendicazione. Ma l' articolo 2102 dichiara di non voler derogare alle leggi e consuetudini commerciali *concernenti la rivendicazione.* È dunque il diritto di rivendicazione che in materia commerciale deve essere regolato dalle leggi e consuetudini commerciali. Il diritto di privilegio è diverso e indipendente dal diritto di rivendicazione. Se quest' ultimo diritto per volontà della legge, che accorda ad ogni venditore di effetti mobiliari tanto il privilegio quanto l' azione di rivendicazione, deve essere regolato dalle leggi e consuetudini commerciali, l' altro diritto, ossia il privilegio, di cui non fa parola il Codice di Commercio, resta nella sua integrità tal quale è accordato dall'articolo 2102 del Codice Civile, che ad ogni venditore commerciante o non commerciante lo attribuisce. Il commerciante adunque, perduto il diritto di rivendicazione regolato dal Codice di Commercio, a cui l' articolo 2102 non ha voluto derogare, potrà, come insegna il Persil, invocare il beneficio del privilegio che in termini generali ed assoluti ad ogni venditore concede l'articolo 2102 del Codice Civile.

262. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nell'articolo 1971, nº 4º, e il Codice di Parma nell'articolo 2145 ripetono, quanto ai diritti di privilegio e di rivendicazione accordati al venditore di effetti mobiliari, la disposizione dell'articolo 2102 del Codice Napoleone.

Ripete la stessa disposizione anche l'articolo 2157, nº 4º, del Codice di Sardegna. Se non che questo Codice accorda il privilegio al prezzo delle cose mobili vendute nel precedente anno, e quanto al diritto di rivendicazione, concede, se la vendita è stata fatta senza mora, facoltà di esercitarlo entro quindici giorni dal fattone rilascio.

Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj accorda semplicemente nel § 77, nº 6º, al credito del venditore di cosa mobile pel prezzo della cosa e per le obbligazioni assunte dal compratore il privilegio sulla cosa stessa venduta; e quanto al diritto di rivendicazione, si limita a dichiarare nel § 82 che non è derogato al diritto di rivendicazione, quando possa competere, a norma delle leggi civili e commerciali.

Il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche*, che nell'articolo 19 attribuisce il privilegio particolare sopra alcuni mobili soltanto al creditore di spese servite per la sementa e per le raccolte, al locatore di fondo rustico o urbano, ed ai padroni ed ai contadini sulla parte colonica o domenicale, non accorda alcun privilegio al venditore di effetti mobiliari.

Il Codice di Modena finalmente, ripetendo la disposizione dell'articolo 2145 del Codice di Parma, conforme all'articolo 2102, nº 4º, del Codice Napoleone, dispone nell'articolo 2137 ciò che segue: « *Un eguale privilegio* (eguale cioè al privilegio speciale accordato nell'antecedente articolo al credito sopra il pegno, alle mercedi degli artefici ed operaj, ed alle spese fatte per la conservazione della cosa) *è attribuito al prezzo dei beni mobili non pagati, se esistono tuttavia in possesso del debitore, sieno essi stati da lui comprati con dilazione al pagamento, o senza.*

» *Se la vendita è stata fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può ancora rivendicare questi beni, finchè si trovano in possesso del compratore, ed impedirne la rivendita, purchè la dimanda per rivendicarli venga proposta entro otto giorni da quello della consegnazione, e i beni si trovino nello stato medesimo.* »

5. *Le somministrazioni d' un albergatore.*

263. Non contento il Pretore delle azioni civili che competevano contro i conduttori di una nave o di un albergo o di uno stallaggio pel ricuperamento delle cose alla loro custodia affidate, volle aggiungere altresì un' azione Pretoria coll' Editto che nella L. 1, pr. D. *Nautæ, caup., stab.*, viene riportato da Ulpiano: « Ait Prætor: *Nautæ, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.* » Non era assolutamente necessario questo provvedimento del Pretore, potendo allo stesso scopo intentarsi le azioni civili derivanti o dal contratto di locazione e condotta o da quello di deposito. Per ciò Ulpiano nella L. 3, § 1, del citato titolo, dice che Pomponio si meravigliava che il Pretore avesse voluto accordare la detta azione: « Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta; cum sint civiles? nisi forte inquit ideo, ut innotesceret Prætorem curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum; et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat præstatur; at hoc Edicto omnimodo qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. »

Ulpiano nella citata L. 1, § 1, loda la saviezza e la utilità dell' Editto Pretorio colle seguenti parole: « Maxima utilitas est hujus Edicti; quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiæ eorum committere. » Se questa ragione addotta da Ulpiano giustifica il rigore dell' Editto Pretorio, è però certo dall' altra parte che anche l' albergatore, a cui il Gius Romano non accorda nè privilegio, nè ipoteca tacita, è costretto a commettersi alla buona fede dei forestieri, la più parte sconosciuti, che capitano nell' albergo. Avrebbe forse per Diritto Romano potuto l' albergatore far uso del gius di ritenzione sopra gli effetti del viandante; ma il Codice Napoleone con una molto savia ed equa disposizione accordò all' albergatore sopra gli effetti del viandante stati introdotti nell' albergo uno speciale privilegio. L' albergatore fornisce al viandante alloggio e vitto, titoli l' uno e l' altro degnissimi del massimo favore. Inoltre stabilisce l' articolo 1952 che gli osti e gli albergatori sono risponsabili, come depositarj, per gli effetti introdotti nei loro alberghi dal viandante che vi alloggia, e che il deposito di tali effetti deve risguardarsi come un deposito

necessario. L' articolo 1953 dispone ancora che gli osti e gli albergatori sono risponsabili per il furto o per il danno arrecato agli effetti del viandante, tanto nel caso che il furto sia stato commesso o che il danno sia stato arrecato dai domestici o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, o da estranei che vanno e vengono in essi. Una tale gravosa responsabilità addossata agli osti e agli albergatori meritava dall' altra parte il favore di un privilegio per le somministrazioni dai medesimi fatte al viandante sopra gli effetti introdotti nell' albergo, tanto più che questi possono tenersi in conto di un pegno che deve stare a garanzia dell' albergatore.

264. Si fa dagl' Interpreti del Diritto Francese il dubbio, se il privilegio dell' albergatore colpisca tanto gli effetti di proprietà del viandante, quanto quelli che appartengono ad un terzo. La questione, come dice il Troplong, (1) è di facilissima soluzione. Imperocchè se la legge assoggetta a privilegio a favore del locatore ciò che serve a mobiliare la casa appigionata o l' affittanza, senza guardare a chi ne appartenga la proprietà, a più forte ragione gli effetti, che il viandante introduce nell' albergo, rimaner devono gravati dal privilegio accordato all' albergatore. Dico *a più forte ragione,* perchè il locatore contratta con persone che può e che deve conoscere; laddove l' albergatore è costretto dalla sua stessa professione ad accogliere nell' albergo persone sconosciute e che nel più dei casi non potrebbe conoscer prima, trattandosi di forestieri. Tornerebbe vano ed illusorio il privilegio dalla legge accordato all' albergatore, quando gli effetti introdotti nell' albergo dovessero essere di proprietà del viandante. Sono però concordi la più parte dei Dottori nell' ammettere anche riguardo all' albergatore l' eccezione che si fa nel caso del privilegio del locatore, il quale era informato che i mobili introdotti nella casa appigionata o nell' affittanza non erano di pertinenza del locatario. La legge soccorre con un privilegio alla buona fede dell' albergatore, il quale deve naturalmente presumere che gli effetti introdotti nel suo albergo sieno di proprietà del viandante. Quando sia provato che l' albergatore era informato che gli effetti nell' albergo introdotti non appartenevano in proprietà al viandante, cessa la buona fede, e vien meno la causa, onde è motivata la concessione del privilegio. Come il locatore nel sup-

(1) Art. 2102, n. 204.

posto caso non può, come a suo luogo fu detto, esercitare il privilegio in concorso e in pregiudizio del proprietario dei mobili, per la stessa ragione l' albergatore, il quale era informato che gli effetti introdotti nell'albergo non erano di pertinenza del viandante, non potrà in concorso e in pregiudizio del proprietario dei detti effetti far uso dell'accordatogli privilegio. (1)

265. Essendo il privilegio accordato sopra gli effetti introdotti nell' albergo, è chiaro che la legge considera i detti effetti come un tacito pegno, il quale rimane sciolto necessariamente quando gli effetti stessi siano trasportati fuori dell' albergo. Se a dar vita ed essere a questo privilegio è necessaria l' introduzione degli effetti del viandante nell' albergo, il loro trasporto fuori dell' albergo non può non cagionare l' estinzione del privilegio. (2) Nè il diritto di rivendicazione accordato dall' articolo 2102 al locatore potrebbe estendersi all' albergatore, si perchè nella materia dei privilegi ogni estensiva interpretazione è vietata, sì perchè l' albergatore, che custodisce nel suo albergo gli effetti del viandante, ha, per impedire un clandestino traslocamento, quei mezzi che mancano al locatore, che a fronte della convenuta pensione cedè al conduttore il godimento del fondo o della casa.

266. Il Troplong (3) fa il dubbio, se l' albergatore possa esercitare il suo privilegio sugli abiti del viandante, e risponde che l'umanità non consente che tant'oltre si spinga l'esercizio del detto privilegio. A me pare, che la soluzione di questo dubbio si trovi nell' articolo 592 del Codice di Procedura, il quale dispone che non possono essere sequestrati gli abiti, dei quali i gravati sono vestiti e coperti. L' articolo 2102 accorda il privilegio senza eccezione e limitazione sopra tutti gli effetti che furono dal viandante introdotti nell' albergo. Siccome però l' esercizio di un privilegio non può essere attuato, se il creditore non domanda il sequestro e la vendita giudiziale della cosa al privilegio soggetta; così è chiaro che gli abiti, onde il viandante è vestito e coperto, rimangono necessariamente sottratti al privilegio dell' albergatore, come quelli dei quali il citato articolo del Codice di Procedura proibisce il sequestro. Quando una speciale disposizione del Co-

(1) Troplong, art. 2102, n. 204. Persil, art. 2102, § 5, n. 1 e 2.
(2) Persil, art. 2102, § 5, n. 3. Troplong, art. 2102, n. 206.
(3) Art. 2102, n. 204.

dice di Procedura non vietasse il sequestro degli abiti onde il debitore è vestito e coperto, io credo che la sola umanità non sarebbe un motivo sufficiente per introdurre delle limitazioni al privilegio accordato dalla legge in termini assoluti e generali sopra tutti gli effetti del viandante.

267. Il Troplong fa intorno a questo privilegio un altro dubbio, cioè se gli effetti del viandante possano servire di garanzia all'albergatore anche per un credito anteriore di tempo alla loro introduzione nell'albergo. Finchè si tratta di un soggiorno del viandante non interrotto nell'albergo, ossia di un sol conto, e di una sola partita di credito, l'albergatore non può non avere il privilegio su tutti gli effetti del viandante, qualunque sia il momento della loro introduzione nell'albergo, e ciò perchè l'articolo 2102 accorda in genere alle somministrazioni dell'albergatore il privilegio sopra gli effetti del viandante. (1) Che se si tratta di diverse partite di crediti formate dall'albergatore in epoche distinte e diverse nella occasione di varj soggiorni del viandante nell'albergo, allora è chiaro che l'albergatore non può esercitare il privilegio pei crediti dipendenti dalle somministrazioni anteriori, rispetto alle quali l'albergatore rinunziò e perdè ogni privilegio permettendo che il viandante portasse via dall'albergo in sul partire i proprj effetti, lasciando viva la partita del conto non soddisfatto. (2)

268. Il Codice del Regno delle Due Sicilie nell'articolo 1971, n° 5°, e il Codice di Parma nell'articolo 2146, accordano alle somministrazioni dell'albergatore sulle robe del viandante introdotte nell'albergo lo stesso privilegio, che loro attribuisce l'articolo 2102 del Codice Napoleone.

269. Lo stesso privilegio è accordato dall'articolo 2157, n° 5°, del Codice di Sardegna, il quale dispone essere privilegiate le *somministrazioni e le mercedi di un albergatore sopra gli effetti del viandante, che sono stati introdotti e sono tuttora nel suo albergo.* Colla quale aggiunta *e sono tuttora nel suo albergo* ha tolto il dubbio che si fa da alcuni Interpreti del Diritto Francese, se l'albergatore possa esercitare il suo privilegio anche dopo che le robe del viandante furono trasportate fuori dell'albergo. Sebbene le espressioni generali *somministrazioni d'un*

(1) Troplong, n. 204.

(2) Persil, art. 2102, § 5, n. 4. Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 129.

albergatore usate dai Codici Napoleone, del Regno delle Due Sicilie, e di Parma abbraccino e comprendano qualsiasi somministrazione fatta dall'albergatore al viandante, e quindi anche l'alloggio, che dà e fornisce l'albergatore colle sue camere, coi suoi letti, co' suoi mobili e colla sua biancheria; con più esattezza però e precisione l'articolo 2157 del Codice di Sardegna tiene distinte le somministrazioni dalla pensione giornaliera dovuta per l'alloggio, alla quale si riferiscono appunto *le mercedi* nominatamente indicate col detto articolo. Uguale alla citata disposizione del Codice di Sardegna è quella del § 77, n° 7°, del Regolamento Ipotecario Pontificio, che accorda un privilegio al credito degli albergatori per la loro mercede e pel prezzo delle somministrazioni fatte ai viandanti, su gli effetti dei medesimi *sinchè esistono nell' albergo.*

270. Finalmente il Codice di Modena attenendosi, quanto al privilegio concesso agli albergatori, al citato articolo del Codice di Sardegna dispone nell' articolo 2138 ciò che segue: « *Si accorda lo stesso privilegio* (cioè un privilegio speciale)

1. *Alle somministrazioni e mercedi di un albergatore sopra le robe del viandante, introdotte e tuttora esistenti nel suo albergo;*

2. *Alle spese di condotta, ed alle accessorie sopra le cose condotte;*

3. *Ai crediti, che provengono dai danni recati da pubblici impiegati nell' esercizio delle loro incombenze, sopra i capitali dati in cauzione e sopra gl' interessi che ne fossero dovuti.* »

6. *Le spese di condotta.*

271. È questione tra gl' Interpreti del Diritto Romano, se le spese di condotta godano di tacita ipoteca privilegiata. Fornisce occasione alla disputa la L. 6, D. *Qui pot. in pign.*, la quale recando diversi esempj di ipoteche, alle quali sebbene posteriori di tempo accorda la legge il diritto di prelazione, dichiara nei §§ 1 e 2: « Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvæ fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est. Tantumdem dicetur, et si merces horreorum, vel areæ, vel vecturæ jumentorum debetur: nam et hic potentior erit. » Il Vinnio, (1) come altra volta ebbi occa-

(1) Select. Jur. Quæst., lib. 2, cap. 4.

sione di avvertire, sostiene che sebbene alle ipoteche contemplate dalle leggi 5 e 6 del citato titolo, *Qui pot. in pign.*, sia accordato il diritto di prelazione a qualunque ipoteca anteriore di tempo, non per questo si può e si deve dedurre che la ipoteca, a cui è concesso il privilegio della prelazione, sia una ipoteca tacita o legale, essendo in molti casi accordato dalla legge il privilegio della prelazione ad ipoteche puramente convenzionali. Il Cujacio (1) accorda alle spese di condotta non solo il diritto di prelazione, ma altresì il tacito pegno: « Merces vectæ dorso jumentorum certo conventoque pretio pro vectura tacite pignorata sunt, et vecturæ causa potentior est, quoniam sine ea merces salvæ pervenire non poterant. » Ma se non sono d'accordo gl' Interpreti sul punto, se alle spese di condotta competa una ipoteca tacita o legale, è però certo che almeno il diritto di prelazione a qualunque ipoteca anteriore, supposta la costituzione convenzionale della ipoteca, non può negarsi alle spese di condotta all'appoggio delle citate leggi, essendo tali spese messe nel numero di quelle che contribuirono alla conservazione della cosa con vantaggio di tutti i creditori interessati.

272. Il Codice Napoleone accorda alle spese di condotta un privilegio speciale sopra le cose condotte. L'articolo 1782 sottopone i vetturali per terra e per acqua, quanto alla custodia e conservazione delle cose loro affidate, agli stessi obblighi degli albergatori, i quali giusta l'articolo 1952 sono risponsabili, come depositarj, per gli effetti introdotti nei loro alberghi come se si trattasse di un deposito necessario. Dispone altresì l'articolo 1784 che i vetturali per terra e per acqua sono risponsabili per la perdita e per le avarie delle cose che sono state loro affidate, quando non provino che siansi perdute e abbiano sofferta avaria per un caso fortuito o per forza irresistibile. Era dunque giusto ed equo che tanta risponsabilità, onde sono gravati i vetturali, fosse compensata dall'altra parte col favore e colla garanzia di un privilegio.

273. È questione tra gl' Interpreti del Diritto Francese, se i vetturali per godere del privilegio debbano essere in possesso delle cose condotte. Il Persil (2) fonda questo privilegio in un diritto di tacito pegno accordato sulle cose condotte al vetturale, e dalla

(1) Recitat. Solem. ad L. *Licet C. qui pot. in pign.*
(2) Art. 2102, § 6, n. 1, e 2 e 3.

causa ch'egli assegna al privilegio trae la conseguenza, che il privilegio è esercibile finchè il vetturale si trova in possesso delle cose condotte, e ciò per la ragione che il pegno si estingue subito che il creditore pignoratario perde il possesso della cosa a pegno soggetta. È questa la opinione del Persil rispetto ai vetturali di terra. Imperocchè rispetto a quelli di acqua toglie ogni difficoltà l'articolo 309 del Codice di Commercio, il quale dispone che il capitano per il suo nolo è preferito su le mercanzie del suo carico per il corso di giorni quindici dopo la consegna, purchè non siano passate in terze mani. Il Troplong (1) assegna un'altra causa al privilegio di cui si parla, sostiene cioè, appoggiato anche all'autorità del Cujacio, che il vetturale per ciò solo ha il gius di privilegio, che condusse sani e salvi al luogo destinato gli effetti che gli vennero affidati. Facendo il Troplong dipendere da tutt'altra causa che da quella del tacito pegno, come fa il Persil, il fondamento del privilegio attribuito alle spese di condotta, conclude che il privilegio è esercibile anche dopo che delle cose condotte fu fatta la debita consegna al proprietario, e che per ciò il possesso delle cose nelle mani del vetturale non è una condizione indispensabile all'esercizio del privilegio. Secondo pertanto il Troplong il capitano di un bastimento sarà bensì tenuto ad esercitare il privilegio entro quindici giorni dalla fatta consegna, essendo questo termine fissato dall'articolo 309 del Codice di Commercio; ma il vetturale di terra, al quale il detto articolo del Codice di Commercio non si riferisce, potrà anche dopo il detto termine di quindici giorni esercitare il privilegio, finchè il credito non è prescritto e le cose condotte si trovano in possesso del debitore. Le opposte opinioni del Persil e del Troplong sono una necessaria e logica conseguenza delle diverse cause che dai medesimi vengono attribuite al privilegio accordato alle spese di condotta. Io mi associo alla opinione del Troplong, e penso che il vetturale anche di terra possa esercitare il suo privilegio dopo che fu fatta la consegna delle cose condotte. L'articolo 2102 accorda il privilegio alle spese di condotta sopra le cose condotte, e non richiede la condizione del possesso nelle mani del vetturale delle cose che furono condotte, perchè il privilegio possa esercitarsi. Il privilegio dell'albergatore è evidentemente fondato in un diritto di tacito pegno, che nasce dalla

(1) Art. 2102, n. 207.

introduzione nell' albergo degli effetti del viandante. Al contrario il vetturale merita il favore del privilegio per avere conservata la cosa trasportandola da un luogo all' altro. Infatti Ulpiano dopo di avere nella L. 5, D. *Qui pot. in pign.*, stabilito il principio: « Interdum posterior potior est priori: ut puta, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit; » dopo di avere nella successiva L. 6 data la ragione della prelazione accordata nell' antecedente legge: « Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam; » tra i diversi crediti, che si trovano nella classe meritevole della prelazione, cita nel § 2 della detta L. 6 quello dei vetturali: « Tantumdem dicetur, et si merces horreorum, vel areæ, *vel vecturæ jumentorum* debetur. » Dall' altra parte assegnando il codice di Commercio il breve termine di 15 giorni al capitano di un bastimento all' esercizio del suo privilegio dopo la consegna, suppone già che un tale privilegio sia di sua natura esercibile anche dopo la consegna delle cose condotte. Io tengo dunque col Troplong che il privilegio, di cui ora si parla, si possa esercitare anche dopo la consegna delle cose condotte, finchè sono in mano del debitore, salvo ciò che prescrive il citato articolo del Codice di Commercio rispetto ai capitani di bastimento.

274. L'articolo 2102 accorda il privilegio alle spese di condotta e alle accessorie. Sono spese accessorie tutte quelle che il vetturale ha sostenute per le cose condotte, come per le avarie, pe' diritti di dogane, di entrata, o altre simili. (1)

275. L' articolo 1971, n° 6°, del Codice del Regno delle Due Sicilie, e l' articolo 2146 del Codice di Parma non fanno, quanto al privilegio delle spese di condotta, che ripetere la disposizione dell' articolo 2102 del Codice Napoleone. Anche il Regolamento Ipotecario Pontificio accorda nel § 77, n° 8°, il privilegio al credito del vetturale o conduttore per la mercede del trasporto e pel rimborso de' dazi e delle spese di risarcimento ed altre accessorie sugli effetti da esso trasportati.

Ma il Codice del Regno delle Due Sicilie, quello di Parma, e il Regolamento Pontificio hanno lasciato vivo il dubbio, a cui dà luogo l' articolo 2102 del Codice Napoleone, se cioè il privilegio del vetturale sia o no esercibile dopo la consegna delle cose condotte. Questo dubbio è stato con savissima di-

(1) Persil, Art. 2102, § 6, n. 4.

sposizione tolto di mezzo dall' articolo 2157, n° 6°, del Codice di Sardegna, il quale attribuisce il privilegio alle spese di trasporto sovra gli effetti trasportati, che rimangono ancora presso il conducente, ovvero che sono stati da questo rimessi nelle ventiquattr' ore precedenti, ove si trovino ancora presso il consegnatario.

Il Codice di Modena nell' articolo 2138 sopra riportato (1) accorda nel n° 2° il privilegio speciale, come fa il Codice di Napoleone, alle spese di condotta, ed alle accessorie sopra le cose condotte; e sebbene non dichiari, se il possesso presso il vetturale delle cose condotte sia una condizione richiesta all'esercizio del privilegio, io credo che dal confronto del n° 2° del detto articolo coll' antecedente n° 1° si possa dedurre con tutto il fondamento che il vetturale anche dopo la consegna è in diritto di far valere il suo privilegio, finchè le cose consegnate si trovino nel possesso del debitore delle spese di condotta. Infatti il citato articolo 2138 dichiara di accordare un privilegio speciale 1° alle somministrazioni e mercedi di un albergatore, 2° alle spese di condotta. Se non che nel primo caso il privilegio è attribuito sopra le robe del viandante, introdotte e tuttora esistenti nel suo albergo; nel secondo semplicemente sopra le cose condotte. Quando si tratta del privilegio dell'albergatore, vuole l' articolo 2138 che le cose gravate dal privilegio siano e introdotte e tuttora esistenti nell' albergo; e nel caso del privilegio del vetturale nessun' altra condizione e qualità richiede rispetto alle cose, su cui il privilegio è attribuito, se non che siano le cose dal vetturale condotte. Perchè dunque in questo secondo caso si vorrà aggiungere una condizione non espressa dal legislatore?

7. *I crediti che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarj pubblici.*

276. Il fine, per cui certi pubblici funzionarj sono tenuti a dar cauzione, è di dare una garanzia ai terzi, in danno de' quali i funzionarj stessi fossero per commettere abusi e prevaricazioni nell' esercizio delle loro incombenze. Il titolo del Codice Giustinianeo *De periculo eorum, qui pro magistratibus intervenerunt,* prova come alcuni Magistrati fossero tenuti a dare un mallevadore a garanzia dell' esercizio di loro carica. La Legge del 25 Nevoso, anno 13, accordò un privilegio sui capitali dati in cau-

(1) Pag. 287, n. 270.

zione dai funzionarj pubblici a favore dei crediti derivanti dagli abusi e prevaricazioni degli stessi pubblici funzionarj. Il Codice Napoleone animato dallo stesso spirito accordò lo stesso privilegio. Perchè questo privilegio competa, è necessario che il credito risulti da una sentenza onde fu condannato il pubblico funzionario per cause e titoli dipendenti dall'esercizio delle proprie incombenze. Qualunque altro credito derivante da tutt'altra causa non godrebbe di alcun privilegio. Non bisogna però credere che godano di questo privilegio le multe, a cui furono in punizione di loro mala fede condannati i pubblici funzionarj. La L. un. C. *De per. eor., qui pro mag. interven.*, non teneva responsabili i fidejussori delle multe inflitte contro i Magistrati condannati: « Fidejussores Magistratuum in his, quæ ad Reipublicæ administrationem pertinent, teneri, non in his, quæ ob culpam, vel delictum eis pœnæ nomine irrogentur, tam mihi, quam divo Severo patri meo placuit. » La Legge 25 Nevoso e l'articolo 2102 del Codice Napoleone, animati evidentemente dagli stessi motivi, accordarono il privilegio ai crediti che possono risultare a favore o dello Stato o dei privati danneggiati dagli abusi e prevaricazioni dai funzionarj pubblici commesse nell'esercizio delle loro incombenze. La detta Legge e il Codice Napoleone non altro vollero, se non che lo Stato e i privati fossero colla garanzia del concesso privilegio ristorati dei danni loro cagionati dagli abusi e prevaricazioni dai pubblici funzionarj commesse. Lo Stato dunque, come qualunque privato, avrà il privilegio per le somme a lui dovute in risarcimento dei patiti danni; per l'esazione delle multe, a cui i pubblici funzionarj furono condannati, non potrà invocare il favore del privilegio, di cui ora si parla. (1)

277. È inutile avvertire, che tutti i creditori, compreso lo Stato, per titoli dipendenti dagli abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarj pubblici nell'esercizio delle loro incombenze, qualunque sia la diversità delle date dei crediti e delle ottenute sentenze di condanna, aprendosi un giudizio di concorso sopra i capitali dati in cauzione, saranno pagati in proporzione eguale giusta la regola stabilita dall'articolo 2097. (2)

278. La Legge del 25 Nevoso, anno 13, stabiliva due privilegi sui capitali dati in cauzione dai pubblici funzionarj: 1° il privilegio

(1) Troplong, art. 2102, n. 210.
(2) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 137.

attribuito ai crediti risultanti dagli abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarj pubblici nell' esercizio delle loro incombenze, e a questo privilegio era assegnato il primo posto e grado; 2° un privilegio accordato in second' ordine e grado a coloro che somministrarono i denari degli stessi capitali dati in cauzione. L'articolo 2102, n° 7°, del Codice Napoleone non parla che del primo privilegio, e niuno ne accorda alle persone che somministrarono i denari dei capitali dati in cauzione. Il secondo privilegio attribuito dalla Legge del 25 Nevoso suddetta alle persone che fornirono i denari dei capitali dati in cauzione, di cui tace il citato articolo 2102, viene regolato dai Decreti del 28 agosto 1808 e 22 dicembre 1812, i quali prescrivono le formalità da osservarsi da coloro che somministrano i denari dei capitali dati in cauzione dai pubblici funzionarj, onde il privilegio sugli stessi capitali possa competere ed esercitarsi. (1)

279. Lo stesso privilegio contemplato dal n° 7° dell' articolo 2102 del Codice Napoleone è stato adottato dal n° 7° dell' articolo 1971 del Codice del Regno delle Due Sicilie.

Questo medesimo privilegio è pur stato adottato dall' articolo 2146 del Codice di Parma, il quale dichiarando che il privilegio è attribuito *ai crediti che provengono da' danni recati da pubblici impiegati nell' esercizio delle loro incumbenze,* ha tolto ogni pretesto al dubbio, cui danno luogo le troppo generali espressioni dell' articolo 2102 del Codice Napoleone, se le multe e pene pecuniarie a cui furono condannati i pubblici funzionarj godano del privilegio. Il citato articolo 2102 del Codice Napoleone dichiara privilegiati sopra i capitali dati in cauzione *i crediti che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarj pubblici;* e qualche cavillatore, per estendere il privilegio altresì alle multe e pene pecuniarie, potrebbe dire, che anche le multe, a cui furono i pubblici funzionarj condannati, sono crediti del Fisco che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarj pubblici nell' esercizio delle loro incombenze. L' articolo 2146 del Codice di Parma limitando il privilegio ai crediti che provengono da' danni recati da pubblici impiegati nell' esercizio delle loro incombenze, toglie persin l' ombra dell' accennato dubbio, e mostra chiaramente, senza bisogno del sussidio della interpretazione, i limiti entro i quali il privilegio deve essere con-

(1) Duranton, n. 135. Persil, art. 2102, § 7, n. 2 e 3.

tenuto conformemente alla massima, che dalla L. 68, pr. D. *De fidejuss. et mand.*, viene proclamata da Paolo: « Fidejussores magistratuum in pœnam, vel multam, quam non spopondissent, non debere conveniri decrevit. »

Il Codice di Sardegna nel n° 7° dell'articolo 2157 accorda esso pure il privilegio speciale ai crediti che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dagli uffiziali pubblici nell'esercizio delle loro funzioni sui capitali dati da essi per malleveria, e sugli interessi che ne fossero dovuti; e nel n° 8° dello stesso articolo accorda altresì un eguale privilegio ai crediti delle comunità, corporazioni, e pubblici stabilimenti per fatti dipendenti dalle funzioni de' loro ufiziali, sulle malleverie in numerario, cui fossero essi sottoposti. Finalmente il Codice di Sardegna, facendo eco alla citata Legge del 25 Nevoso, anno 13, che accordava in secondo grado un privilegio alle persone che somministrarono i denari dei capitali dati in cauzione, dispone che sulle malleverie contemplate nei numeri 7° e 8° dell'articolo citato 2157, dopo i crediti sovra specificati avranno pur privilegio quelli, che per atto autentico avranno somministrato il denaro per le stesse malleverie.

Finalmente il Codice di Modena nel n° 3° dell'articolo 2138, già sopra riportato, (1) ripetendo la disposizione dell' articolo 2146 del Codice di Parma, accorda anch' esso ai crediti, che provengono dai danni recati da pubblici impiegati nell' esercizio delle loro incombenze, uno speciale privilegio sopra i capitali dati in cauzione.

280. Prima di por termine alla materia dei privilegi costituiti sopra i mobili, e di chiudere il presente volume, è mestieri esaminare due punti importantissimi, che l'ordine riguardano e il grado dei privilegi, di cui abbiamo discorso. I privilegi sui mobili, come abbiamo visto, sono di due specie, o generali o speciali. L' ordine dei privilegi generali, che vengono in concorso e in conflitto tra loro, è in modo certo e inalterabile fissato dall' articolo 2101, il quale dispone che i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili si esperimentano con lo stesso ordine, con cui sono numerati. Quando dunque vi è concorso di creditori aventi tutti un privilegio sopra la generalità dei mobili del debitore, non può nascere alcun dubbio sulla loro classificazione, essendo il primo grado dall' articolo 2101 assegnato alle spese giudiziali, il secondo alle spese funerarie, il terzo alle spese del-

(1) Pag. 287, n. 270.

l' ultima infermità, il quarto ai salarj delle persone di servizio, il quinto ed ultimo alle somministrazioni di sussistenza. (1) Ma qualora verranno in conflitto i privilegi generali dell' articolo 2101 con alcuno dei privilegi speciali contemplati nell' articolo 2102, a chi si darà la preferenza? Ecco il primo punto, non deciso dal Codice Napoleone, che ora ci faremo ad esaminare.

281. Il Persil (2) sostiene che i privilegi speciali dell' articolo 2102 devono essere preferiti ai privilegi generali dell' articolo 2101. Non può concepirsi, egli dice, che quando il proprietario ha ricevuto dei mobili nella casa che ha dato in affitto, ed ha sul valore dei medesimi fondata la propria garanzia pel pagamento delle pigioni, si possa togliere a lui il suo pegno per soddisfare un altro creditore. Egli ha fatto tutto che la legge prescrive, e la garanzia datagli tornerebbe vana ed illusoria, ove egli potesse essere da altri creditori vinto e soverchiato. Si appoggia inoltre il Persil all' articolo 662 del Codice di Procedura, il quale dà diritto al locatore di essere soddisfatto delle pigioni che gli sono dovute prima delle spese del giudizio; e ciò che il detto articolo 662 del Codice di Procedura stabilisce in favore del locatore deve secondo il Persil per identità di ragione estendersi a tutti i crediti privilegiati dell' articolo 2102. Finalmente rinforza il Persil la sua opinione coll' autorità di un decreto della Corte di Parigi del 25 novembre 1814 concepito nei seguenti termini: « Attendu que les art. 2101 et 2102 établissent deux sortes de privilèges, les uns qui affectent la généralité des biens du débiteur, sauf les exceptions; les autres qui affectent des biens particuliers, notamment les récoltes, les meubles garnissant les lieux et le gage dont le créancier est nanti; que ces privilèges sont indépendans les uns des autres et s'exercent concurremment sur les objets qu'ils frappent respectivement; que vouloir faire prévaloir les privilèges généraux sur les privilèges particuliers, ce serait anéantir ces derniers, et détruire la disposition de la loi qui les établit; que les privilèges énoncés en l'art. 2102 sont, pour la majorité, fondés sur le droit de gage et nantissement; que le propriétaire est réellement nanti du mobilier qui garnit les lieux par lui loués, et qui fait son gage; que l'on n'a jamais prétendu que des frais funéraires et des gages de domestiques fussent préférés au pri-

(1) Vedi pag. 151, n. 156.
(2) Art. 2101, Observation.

vilège particulier du propriétaire; qu'enfin les frais de scellés et d'inventaires ne sont pas faits dans l'intérêt du propriétaire, et qu'il ne doit pas en souffrir: Par ces motifs, etc. » (1)

Il Troplong attenendosi alla opinione di Malleville, di Tarrible, di Grenier, di Favard e di altri, è di parere che nel conflitto tra i privilegi generali dell' articolo 2101 e i privilegi speciali dell' articolo 2102, i primi debbano sempre avere la preferenza ai secondi; e dice che la sola predilezione mostrata dal legislatore verso i crediti contemplati nell' articolo 2101, ai quali è attribuito un privilegio generale su tutti i beni mobili, e in sussidio ancora sui beni immobili del debitore, basta a convincere che nessun creditore può con essi gareggiare di prelazione. (2)

Tra queste due opposte sentenze, del Persil, che vuole preferiti ai privilegi generali dell' articolo 2101 i privilegi speciali dell' articolo 2102, e del Troplong, che dà la preferenza ai privilegi generali dell' articolo 2101, vi è una terza opinione, quella del Duranton, il quale è contrario tanto a quelli che danno la preferenza ai privilegi generali, quanto a quelli che l' accordano ai privilegi speciali. Non vuole il Duranton che si metta a confronto la classe dei privilegi generali coll' altra dei privilegi speciali, perchè dalla sola qualità o carattere di privilegio generale o speciale non si può dedurre una massima o regola generale che valga a stabilire il grado che deve essere assegnato. Verificandosi il conflitto di crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili con altri cui è attribuito un privilegio speciale, il miglior sistema secondo il Duranton si è di misurare e pesare il grado di favore accordato a ciascuno in grazia della qualità del credito rispettivo, senza alcun riguardo al carattere o generale o speciale del privilegio. Il Duranton, p. e., appoggiato all' articolo 2073, che conferisce al creditore pignoratario il diritto di farsi pagare sulla cosa pignorata con prelazione agli altri creditori, dice e sostiene che il creditore pignoratario deve essere preferito a qualunque altro, quand' anche sia in concorso con crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili, a meno che non si tratti di spese giudiziali fatte per la vendita del pegno, o di spese fatte per la sua conservazione dopo che al creditore ne fu dato il possesso. (3)

(1) Persil, Questions sur les Privil., chap. 2, § 9.
(2) Art. 2096, n. 73, 74.
(3) Liv. 3, tit. 18, n. 203.

In tre campi sono adunque divise su questo punto le opinioni dei Dottori. Gli uni danno la preferenza ai privilegi speciali dell' articolo 2102; i secondi ai privilegi generali dell' articolo 2101; gli ultimi finalmente sostengono che senza riguardo alla classe o categoria, a cui i privilegi appartengono, l' esame e il confronto dei diversi titoli di credito devono essere la sola norma, nel caso di conflitto tra più privilegi di diversa specie, atta a fissare il grado a ciascuno competente.

In questa lotta di opinioni diverse io a quella m' attengo del Troplong, che mi sembra la più conforme al voto della legge per le ragioni che verrò toccando brevemente. Stabilisce l' articolo 2095, che fra i creditori privilegiati la preferenza viene regolata secondo le diverse qualità dei privilegi; e ciò vuol dire, che fra i creditori privilegiati la preferenza deve essere determinata dal maggior grado di favore che la legge concede al credito privilegiato. Se pertanto si guarda alla qualità dei crediti, a cui la legge coll' articolo 2101 accorda il privilegio generale, è facile il persuadersi che nessun altro credito può con essi gareggiare di favore e di preferenza, come quelli che sono raccomandati o da motivi d' interesse generale o dalla stessa umanità e carità pubblica. È dunque giusto che i privilegi speciali dell' articolo 2102, che sono d' interesse privato, sieno ai generali dell' articolo 2101 posposti. Ma quando anche si faccia astrazione dalla causa onde fu mosso il legislatore ad accordare ai crediti contemplati nell' articolo 2101 il privilegio generale, è certo che il gran favore, di cui loro fu larga la legge, li fa degni altresì di essere preferiti a qualunque privilegio speciale. E infatti, l' articolo 2101 accorda ai detti crediti un privilegio generale e senza limiti su tutti i mobili del debitore. L' articolo 2104 estende il privilegio generale ai detti crediti accordato su tutti gl' immobili. Finalmente l' articolo 2105, prevedendo il caso di conflitto sul prezzo di un immobile tra i privilegi generali dell' articolo 2101 e i privilegi speciali dell' articolo 2103, concede ai privilegi generali dell' articolo 2101 la preferenza. Poteva la legge accordar maggiori favori ai crediti dell' articolo 2101? Poteva per gli stessi crediti mostrare più chiaramente la sua predilezione? Se i privilegi generali dell' articolo 2101 sono sul prezzo degli immobili preferiti ai creditori, ai quali sugli stessi immobili l' articolo 2103 accorda un

privilegio speciale, non dovranno per la stessa ragione essere sul prezzo dei mobili preferiti ai creditori che sui mobili hanno un privilegio speciale? Altrimenti ne verrebbe l'incongruenza che i privilegi generali dell'articolo 2101 sarebbero preferiti al venditore di un immobile, e sarebbero poi posposti al venditore di effetti mobiliari; che gli stessi privilegi generali sarebbero preferiti agli architetti, agli intraprenditori, ai muratori e ad altri operaj impiegati nella fabbrica, ricostruzione o riparazione di edifizj, di canali o di qualunque altra opera, e sarebbero poi posposti al privilegio accordato dall'articolo 2102 alle spese fatte per la conservazione di una cosa mobile. Non si può assolutamente adottare la opinione del Persil senza mettere il legislatore in contraddizione con sè stesso. Meritamente il Duranton rimprovera i Compilatori del Codice Napoleone di aver lasciato aperto il campo a questa questione, che non poteva non affacciarsi alla loro perspicacia, e, a dir vero, non si sa capire il perchè sia stato colla chiara disposizione dell'articolo 2105 fissato l'ordine da osservarsi nel caso di conflitto dei privilegi generali dell'articolo 2101 coi privilegi speciali dell'artic. 2103 sul prezzo degli immobili, e nulla sia stato stabilito e determinato pel caso più ovvio di conflitto degli stessi privilegi generali coi privilegi sopra determinati mobili contemplati nell'articolo 2102. Ma se su questo punto si tacquero i Compilatori del Codice, tutte le regole di una retta interpretazione sforzano il giureconsulto, se mal non mi appongo, ad abbracciare la opinione del Troplong, che ai privilegi speciali dell'articolo 2102 preferisce i generali dell'articolo 2101. Le disposizioni degli articoli 2104 e 2105 mi suggeriscono un'altra riflessione. I privilegi dell'articolo 2101 sono principalmente radicati sulla generalità dei mobili, ed è solamente per mancanza di mobili che possono concorrere sul prezzo degli immobili. Non ostante che il privilegio dei crediti dell'articolo 2101 sia esteso sulla generalità degli immobili sussidiariamente, onde sia supplito al difetto di mobili, nullameno gode la preferenza in grazia dell'articolo 2105 a qualunque creditore avente un privilegio speciale sugli stessi immobili. A più forte ragione adunque il privilegio dei crediti dell'articolo 2101 avrà diritto di essere preferito sul prezzo dei mobili a qualunque privilegio speciale, essendo ai crediti dell'articolo 2101 accordato principalmente e direttamente;

e non in via sussidiaria, il privilegio sulla generalità dei mobili che si trovano nel patrimonio del debitore. Fra i crediti, a cui dall' articolo 2102 viene attribuito un privilegio speciale sopra determinati mobili, uno dei più favoriti è certamente quello del locatore, al quale è persino posposto il venditore, ed è accordato altresì il diritto di rivendicare dalle mani di chiunque i mobili stati traslocati senza il suo assenso. Concedendo i Compilatori del Codice Napoleone questi favori al locatore seguirono l' esempio delle Leggi Romane, le quali accordavano al locatore una tacita ipoteca *super invecta et illata,* preferibile di sua natura a qualunque privilegio personale. La L. 14, § 1, D. *De relig.. et snm. fun.*, però nel conflitto tra le spese funeratizie, a cui era accordato un semplice privilegio personale, e il locatore che era un creditore ipotecario, fa tacere la regola, giusta la quale le ipoteche di qualunque genere erano preferite ai semplici privilegi personali, e accorda la preferenza alle spese funeratizie: « Si colonus, vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit; et, si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. » Se le Leggi Romane accordavano al credito privilegiato delle spese funeratizie il diritto di essere preferito alla ipoteca del locatore, derogando perfino alla massima generale, giusta la quale i privilegi personali erano posposti alle ipoteche; a più forte ragione dovrà una tale preferenza concedersi alle spese funeratizie secondo i principii del Codice Napoleone, perchè non si tratta di derogare ad alcuna massima generale, o di accordare la preferenza in via di eccezione ad un diritto appartenente ad una categoria d' ordine inferiore, ma più presto di preferire un privilegio più pingue ed esteso ad un altro meno pingue, più limitato e più ristretto. Lo stesso Duranton, sebbene non voglia ammettere per massima generale la preferenza dei privilegi generali dell' articolo 2101 ai privilegi speciali dell' articolo 2102, dichiara e sostiene che le spese funeratizie devono essere preferite al privilegio del locatore. (1) Che se il locatore, e gli altri privilegi speciali dell' articolo 2102 devono essere posposti alle spese funeratizie, dovranno del pari godere la preferenza ai privilegi speciali dell' articolo 2102 tutti gli altri privilegi generali contemplati nell' articolo 2101, e ciò perchè

(1) N. 203.

tutti i crediti privilegiati dell' articolo 2101 appartengono alla stessa classe e categoria, e tutti, qualunque sia la differenza dei gradi tra loro, godono degli stessi favori in faccia agli altri creditori. Infatti, contemplando l'articolo 2105 il conflitto sul prezzo di un immobile tra i privilegi generali dell' articolo 2101 e i privilegi speciali dell' articolo 2103, dispone che i pagamenti dovranno eseguirsi coll' ordine seguente, cioè, 1° *per le spese giudiciali ed altre indicate nell' articolo* 2101, 2° *per i crediti specificati nell' articolo* 2103. Dalla quale disposizione si deduce con tutta evidenza come in confronto degli altri creditori appartenenti ad una diversa categoria tutti i crediti dell' articolo 2101, come quelli che sono dello stesso ordine e della stessa classe, sono dal primo all' ultimo guardati dalla legge e trattati collo stesso favore e colla stessa misura.

282. Dice il Persil (1) che i principii legali non permettono che i privilegi generali dell' articolo 2101 siano preferiti ai privilegi speciali dell' articolo 2102, e si fonda nell' articolo 662 del Codice di Procedura Civile, il quale dispone che le spese giudiziali saranno desunte come privilegiate avanti qualunque altro credito, eccettuato quello delle pigioni dovute al proprietario. Questa obiezione ha una apparenza veramente imponente, e in fatti il Duranton, il quale, sebbene non accordi ai privilegi generali dell' articolo 2101 un' assoluta preferenza ai privilegi speciali dell' articolo 2102, ammette però che le spese funeratizie devono essere preferite al privilegio del locatore, facendosi a rispondere all' obiezione tratta dal detto articolo 662 del Codice di Procedura confessa apertamente che le parole del detto articolo sono in favore del locatore, e che da considerazioni soltanto d' ordine pubblico si può presumere l' intenzione della legge di favoreggiare e preferire le spese funerarie. (2) I Compilatori del Codice di Procedura, dice il Duranton, hanno certamente voluto coll' articolo 662 accordare al locatore la preferenza sopra le somministrazioni di sussistenza, i salarj delle persone di servizio, e le spese dell' ultima infermità; ma non si può credere che abbiano voluto egualmente accordargliela sulle spese funeratizie, essendo anche dell' interesse del locatore che sia sepolto il cadavere del defunto conduttore. Nessuno io mi credo potrebbe rimanere sod-

(1) Art. 2101, Observ.
(2) Liv. 3, tit. 18, n. 203.

disfatto di questa risposta del Duranton. Imperocchè se il detto articolo 662 vuol dare, come il Duranton asserisce, la preferenza al locatore sopra le somministrazioni di sussistenza, i salarj delle persone di servizio, e le spese d'ultima infermità; non so vedere come possa il Duranton sottrarre da una tale preferenza le spese funerarie.

Per rispondere alla obiezione che il Persil trae dal citato articolo del Codice di Procedura, è mestieri accordarne la disposizione, come saviamente avverte il Troplong, cogli altri articoli che lo precedono, ed è da avvertire che il detto articolo 662 trovasi sotto il titolo che tratta *della distribuzione per contributo,* ossia della distribuzione che si fa tra i creditori semplici o chirografarj. L'articolo 656 sotto il detto titolo dispone che se per pagare i creditori non basta il denaro sequestrato, o quello ritratto dalle vendite, il debitore ed i creditori saranno tenuti a convenire dentro un mese sulla distribuzione per contributo; e qualora dentro il detto termine il debitore ed i creditori non si accordino fra loro, l'Uffiziale che avrà eseguita la vendita, dovrà giusta la disposizione dell'articolo 657 negli otto giorni seguenti depositare, con riserva di tutte le opposizioni, la somma ricavata dalla vendita, dedotte le spese da lui fatte secondo la tassazione fissata dal Giudice nell'originale del processo verbale. Spirati poi i detti termini, i creditori giusta l'articolo 659 sono citati in forza di un ordine del Giudice Commissario a produrre i documenti del loro credito, e il debitore principale a prenderne comunicazione, ed a contraddire, se vi è luogo; e giusta l'articolo 660 i creditori, che avranno fatta qualche opposizione devono dentro un mese produrre nelle mani del Giudice Commissario i loro documenti per mezzo di un atto, il quale contenga la domanda di essere collocati nel numero dei creditori, ed esprima anche i titoli di privilegio. Sebbene il detto atto, di cui parla l'articolo 660, debba anche contenere i titoli di privilegio ai creditori competenti, nullameno l'articolo 661 dispone che il proprietario può mediante una esposizione verbale far citare innanzi al Giudice Commissario il debitor principale ed il procuratore più anziano, affinchè sia pronunziato preliminarmente sopra il privilegio a lui competente in grazia delle pigioni che gli sono dovute. Dopo tutte le accennate disposizioni, conclude l'articolo 662, che le spese del giudizio saranno desunte come

privilegiate avanti qualunque altro credito, eccettuato quello delle pigioni dovute al proprietario. Dalla disposizione di quest' articolo 662, che considerata isolatamente presenta una difficoltà di gravissimo momento, il Persil ha tratta la conseguenza che il privilegio del locatore, uno dei privilegi speciali dell' articolo 2102, se è preferito alle spese giudiziali, alle quali è accordato il primo grado tra i privilegi generali dell' articolo 2101, a più forte ragione deve essere anteposto a tutti gli altri privilegi generali, e conclude che per identità di ragione la stessa preferenza deve accordarsi agli altri privilegi speciali dell' articolo 2102. Quando veramente le spese giudiziali, alle quali il citato articolo 662 antepone il privilegio del locatore, appartenessero alla categoria di quelle spese, a cui l' articolo 2101 il primo grado attribuisce tra i privilegi generali, l' argomento del Persil sarebbe insuperabile, ed io mi darei vinto. Ma le combinate disposizioni dei citati articoli, che trovansi sotto il titolo *Della distribuzione per contributo,* danno in mano la spada atta a troncare vittoriosamente il nodo della difficoltà. Allorquando io parlai del privilegio attribuito alle spese giudiziali, avvertii appoggiato anche all' autorità del Troplong, che le vere spese giudiziali favorite dall' articolo 2101 con un privilegio sulla generalità dei mobili sono quelle che furono fatte per l' interesse della massa intiera dei creditori, tanto chirografarj, quanto privilegiati od ipotecarj, e che le spese giudiziali fatte per l' interesse di una classe speciale di creditori devono unicamente essere preferite sul prezzo dei beni distribuibile alla stessa classe. (1) Ciò premesso, il detto titolo del Codice di Procedura contempla due categorie di spese, le une fatte per l' interesse di tutti i creditori, chirografarj e privilegiati; le altre fatte per l' interesse dei creditori chirografarj. Le prime, che sono quelle occorse per la vendita dei mobili, sono dedotte dall' Uffiziale che eseguì la vendita, prima che della somma ricavata, la quale deve servire al pagamento dei creditori privilegiati e chirografarj, sia fatto il deposito. Perchè l' articolo 657 vuole che l' Uffiziale, che eseguì la vendita, nel fare il deposito della somma ricavata deduca le spese da lui fatte? Tale deduzione è voluta dall' articolo citato 657 per la ragione che le spese fatte dall' Uffiziale, che eseguì la vendita, riguardano l' interesse della intiera massa dei creditori privilegiati e chiro-

(1) N. 93, pag. 97.

grafarj. Non solo dunque il Codice di Procedura non si oppone alla opinione del Troplong, da noi con piena convinzione abbracciata, ma rende anzi omaggio al privilegio generale accordato dall' articolo 2101 alle spese giudiziali, prescrivendo che le spese giudiziali fatte dall' Uffiziale per la vendita dei mobili siano con privilegio e preferenza a qualsiasi creditore dedotte dalla somma ricavata. Le altre spese giudiziali contemplate nell' articolo 662 sono le spese di quel giudizio che ha luogo tra i creditori ed il debitore per la distribuzione per contributo della somma ricavata dalla vendita e depositata dall' Uffiziale. Per qual ragione le spese di un tal giudizio sono desunte come privilegiate avanti qualunque credito, eccettuato quello delle pigioni? Perchè l' articolo 661 accorda il diritto al locatore di far citare avanti il Giudice Commissario il debitore principale ed il procuratore più anziano, affinchè sia pronunziato sopra il suo privilegio preliminarmente al detto giudizio, che deve fissare la distribuzione per contributo della somma ricavata dalla vendita, ossia, in altri termini, perchè il locatore è estraneo al detto giudizio? Le spese della vendita sono fatte per l' interesse di tutti i creditori, ed anche del locatore, e per ciò vuole l' articolo 657 che siano dedotte dall' Uffiziale, che eseguì la vendita, prima del deposito della somma da distribuirsi ai creditori. Le spese del giudizio, che si apre avanti il Giudice Commissario dopo il deposito della somma ricavata dalla vendita, sono fatte per l' interesse dei soli creditori che prendono parte al giudizio, e per ciò dispone l' articolo 662 che siano desunte come privilegiate avanti il pagamento dei creditori, eccettuato il locatore, che l' articolo 661 dispensa dall' obbligo di far parte del giudizio. Essendo il locatore estraneo al detto giudizio, vuole giustizia che egli non abbia in alcuna maniera a sentire il peso delle spese occorse pel medesimo, e che queste debbano stare esclusivamente a carico dei soli creditori, per l' interesse dei quali il giudizio fu fatto. Io credo che il confronto dell' articolo 662 cogli antecedenti articoli che si trovano nel titolo *Della distribuzione per contributo,* e segnatamente cogli articoli 657 e 661, faccia sparire l' apparente difficoltà, che gli avversarj dell' opinione abbracciata dal Troplong mettono in campo appoggiati alla isolata e letterale disposizione dell' articolo 662.

283. Il Duranton, il quale non vuole ammettere che la catego-

ria dei privilegi generali dell'articolo 2101 debba preferirsi a quella dei privilegi speciali dall'articolo 2102, dice che il privilegio competente al creditore pignoratario è di tale natura, che deve essere a qualunque altro preferito, e quindi anche a tutti i privilegi generali dell'articolo 2101: « Ce privilège est le premier de tous; nous n'en exceptons pas même celui pour frais funéraires. » (1) Preferisce il Duranton al creditore pignoratario le sole spese giudiziali che furono fatte per la vendita del pegno, non che quelle che dopo la tradizione furono sostenute per la conservazione del pegno medesimo, e ciò perchè tali spese furono fatte per l'interesse dello stesso creditore pignoratario. Per dare il Duranton al pegno quest'assoluta preferenza si appoggia principalmente all'articolo 2073, il quale conferisce al creditore il diritto di farsi pagare sulla cosa pignorata, *con privilegio e prelazione agli altri creditori.* Se io potessi persuadermi che alcuno dei privilegi speciali ha diritto di essere preferito ai privilegi generali dell'articolo 2101, il privilegio a cui io darei la preferenza sarebbe certamente quello del pegno, e ciò perchè colla tradizione il debitore trasferisce nel creditore pignoratario il possesso della cosa data in pegno. Il Sovrano Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche,* il quale stabilisce nell'articolo 3 essere dovuta prelazione ai creditori, a favore dei quali ricorre o un privilegio, o il pegno, o il beneficio della separazione dei patrimonj, o l'ipoteca, considera il pegno come un diritto diverso e distinto dal privilegio; e allora è chiaro che il creditore pignoratario, che è in possesso della cosa data in pegno, non può temere il concorso e la preferenza d'alcun privilegio o generale o speciale. Al contrario il Codice Napoleone annovera il pegno tra i privilegi speciali contemplati nell'articolo 2102, e quindi il pegno rivestito, com'è, del carattere di privilegio speciale è necessariamente subordinato alla regola stabilita dall'articolo 2096, giusta la quale fra i creditori privilegiati la preferenza viene regolata secondo le diverse qualità de' privilegi. È verissimo, e qui nuovamente confermo ciò che altra volta ho detto e provato, (2) che il debitore trasferisce colla tradizione nel creditore pignoratario il possesso della cosa data in pegno; ma è certo altresì, che un tale possesso non spoglia il debitore pignorante del diritto di pro-

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 105.
(2) Vedi pag. 259, n. 246.

prietà. La L. 35, § 1, D. *De pignor. act.*, non lascia alcun dubbio di questa verità: « Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem. » E questa stessa verità è confermata dall'articolo 2079 del Codice Napoleone, il quale dichiara che il debitore fino a che non abbia sofferta la spropriazione, ove siavi luogo, ritiene la proprietà del pegno, il quale non rimane presso del creditore, che come un deposito per cauzione del suo privilegio. Se pertanto i creditori dell'articolo 2101 verranno in conflitto col creditore pignoratario, e questi opporrà per escluderli il possesso della cosa che tiene in pegno, avranno i creditori tutto il diritto di rispondere, che il possesso del pegno non è che la causa e il titolo del privilegio; che ad essi non può essere negato il diritto di concorrere sul prezzo del pegno, avendo un privilegio generale su tutti i beni mobili spettanti in proprietà del debitore; e che ad essi medesimi non può sui beni mobili che compongono il patrimonio del debitore non essere accordata la preferenza a qualunque privilegio speciale, essendo il loro privilegio più di qualunque altro favorito dalla legge mossa da motivi d'interesse pubblico e di umanità. Nè vale l'opporre che l'articolo 2073 conferisce al creditore il diritto di farsi pagare sulla cosa pignorata, con privilegio e prelazione agli altri creditori. Imperocchè questo articolo non fa altro che determinare in termini generali la qualità del diritto che nasce dal pegno, il qual diritto è appunto quello del privilegio. Cosa è infatti il privilegio? Il privilegio secondo la definizione datane dall'articolo 2095 è un diritto che la qualità del credito attribuisce ad un creditore per essere preferito agli altri creditori. E sebbene l'accordo tra l'articolo 2073 e l'articolo 2095 provi chiaramente che il detto articolo 2073 attribuisce semplicemente al pegno il diritto in genere di un privilegio, l'articolo 2102, il quale nel n° 2° annovera tra i privilegi costituiti sopra determinati mobili il credito sopra il pegno, serve a spiegare con tutta evidenza l'intenzione del legislatore espressa col detto articolo 2073. È altra cosa stabilire in genere il gius di privilegio in favore di un creditore, altra determinare del privilegio costituito il grado e il rango. Finchè il creditore pignoratario si trova in conflitto con semplici creditori chirografarj, potrà con tutto il diritto, invocando semplicemente la disposizione dell'articolo 2073, pretendere la prelazione assoluta, essendo questo

appunto il diritto del creditore privilegiato, di essere cioè preferito agli altri creditori non aventi privilegio. Ma se il creditore pignoratario si trova in conflitto con altri creditori privilegiati, allora più a lui non basta ricorrere alla disposizione dell' articolo 2073 per essere agli altri creditori privilegiati preferito; allora è necessario istituire un confronto tra i diversi privilegi, e colla norma fissata dall' articolo 2096 assegnare al creditore pignoratario il posto e grado che giustamente gli conviene. Non si può dunque in alcuna maniera trarre dalla disposizione dell' articolo 2073, la quale non fa altro che accordare al pegno il diritto di privilegio, confermato ancora dall' articolo 2102 n° 2°, alcun argomento per sostenere che il pegno debba andar preferito a qualunque creditore ed anche ai privilegi generali dell' articolo 2101. Messo com' è il pegno nella categoria dei privilegi speciali, deve anch' esso, come tutti gli altri *privilegi* speciali dell' articolo 2102, cedere il posto ai privilegi generali dell' articolo 2101, giusta la regola stabilita dal più volte citato articolo 2096. Concludiamo dunque appoggiati anche all' autorità del Troplong, che i privilegi generali dell' articolo 2101 devono sempre ai privilegi speciali dell' articolo 2102 essere preferiti.

284. Il Regolamento Ipotecario Pontificio non ha lasciato luogo a questa questione, perchè invece di accordare alle spese di giustizia, alle spese funebri, alle spese di ultima infermità, alle mercedi dovute alle persone di servizio, ed alle somministrazioni di alimenti un privilegio sulla generalità dei mobili, ha nel § 62 attribuito ai detti crediti il privilegio di essere detratti o prelevati dai beni del debitore, siano mobili, siano immobili, prima che vengano soddisfatti i creditori privilegiati sugli uni o sugli altri. Con questa disposizione la Legge Pontificia ha seguita la massima che la L. 45, D. *De relig. et sum. fun.*, stabilisce intorno alle spese funeratizie: « Impensa funeris semper ex hereditate deducitur; quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint. » E come la L. 12, § 6, D. del citato titolo, ordina al Magistrato di impiegare principalmente i beni mobili nel pagamento delle spese funeratizie; così la Legge Pontificia nel § 69 dichiara, che al pagamento dei crediti contemplati nel § 62 dovrà contribuire in primo luogo la massa de' beni mobili, e se questi non sono bastanti, dovrà contribuirvi la massa dei beni immobili.

285. Il Codice del Regno delle Due Sicilie, troppo ligio alle disposizioni del Codice Napoleone, ha lasciato, come fa anche questo Codice, aperto il campo all' accennata questione, limitandosi a fissar l' ordine, col quale i privilegi generali devono essere tra loro graduati.

Più saggiamente il Codice di Parma ha tolto ogni pretesto a questione sul punto, se i privilegi generali debbano essere preferiti ai privilegi speciali. Imperocchè attenendosi alla massima abbracciata dal Troplong dispone nell' articolo 2158 che i creditori privilegiati, di cui nell' articolo 2129, ossia le spese di giustizia, le spese funerali, le spese di ultima infermità, i salarj delle persone di servigio, e le somministrazioni di alimenti, se vengono in concorso con creditori che abbiano un privilegio sopra certi mobili o certi stabili, sono pagati a preferenza.

Anche il Codice di Sardegna ha decisa la medesima questione, e attenendosi al sistema prescelto anche dal Duranton (1) dispone nell' articolo 2161 che esercendosi i privilegi generali indicati nell' articolo 2156 sopra i mobili, il privilegio per le spese di giustizia è preferito a tutti i privilegi speciali contemplati nell' articolo 2157 per le spese che possono riflettere i mobili soggetti al privilegio speciale; e che gli altri privilegi generali, di cui in detto articolo 2156, sono parimente preferiti ai privilegi speciali del locatore e del venditore, ma sono posposti agli altri privilegi speciali in detto articolo 2157 contemplati. Così secóndo il sistema adottato dal Codice di Sardegna i privilegi speciali del pegno, delle spese fatte per la conservazione o miglioramento de' mobili, delle somministrazioni e mercedi di un albergatore, delle spese di trasporto, dei crediti che risultano per abusi e prevaricazioni commesse dagli Ufiziali pubblici, dei crediti delle Comunità, corporazioni, e pubblici stabilimenti per fatti dipendenti dalle funzioni de' loro Ufiziali contemplati nell' articolo 2157, sono preferiti ai privilegi generali delle spese funebri, delle spese d' ultima infermità, delle spese per le vesti da lutto della vedova, dei salarj dovuti ai domestici e servitori e delle somministrazioni di commestibili e merci per gli alimenti ed indumenti del debitore.

Il Sovrano Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* decise anch' esso la questione di preferenza tra i privilegi

(1) Vedi pag. 296, n. 281.

speciali ed i generali, e nell' articolo 47 stabilì, che se i creditori per alcuno dei titoli notati all' articolo 9, cioè di spese giudiciali, di spese funerarie, di spese di ultima malattia, di salarj delle persone di servizio, di somministrazioni alimentarie, d' imposizioni regie e comunitative, concorrono con creditori per alcuno dei titoli notati agli articoli 17, che contempla i privilegi speciali sopra gl' immobili, e 19, che contempla i privilegi particolari sui mobili, i primi ottengono preferenza sopra tutti gli altri.

Finalmente il Codice di Modena, ripetendo la disposizione dell' articolo 2158 del Codice di Parma, accorda la preferenza ai privilegi generali sopra i privilegi speciali colla disposizione dell' articolo 2149 concepita nei seguenti termini: « *I creditori privilegiati, di cui nell' articolo* 2123 (cioè i creditori privilegiati sopra la generalità de' mobili, a cui l' articolo 2140 accorda anche il privilegio sopra gli stabili), *se vengono in concorso con creditori che abbiano un privilegio sopra certi mobili, o certi stabili, sono pagati a preferenza.*

» *Al loro pagamento però deve contribuire in proporzione tanto la massa dei mobili, quanto la massa degli stabili.* »

Intorno a quest' ultima parte dell' articolo 2149 mi rimango dal fare ora alcuna osservazione, perchè dovrò parlarne allorchè nel secondo volume terrò discorso dei privilegi che si estendono sopra i mobili e sopra gl' immobili.

286. Il Codice Napoleone, il quale nell' articolo 2101 fissò il grado da assegnarsi ai privilegi generali che concorrono tra loro, lasciò indecisi due punti di grandissima importanza: l' uno, a chi nel conflitto tra i privilegi generali e i privilegi speciali debba darsi la preferenza, e di questo punto ci siamo or ora occupati; l' altro, qual ordine debba osservarsi nella graduazione dei privilegi speciali dell' articolo 2102, e di questo terremo ora brevemente discorso.

287. L'articolo 2102 enumera ad uno ad uno tutti i crediti che godono di speciale privilegio; ma tutti i Dottori sono d' accordo nell' insegnare, che il numero, onde sono indicati, non determina il grado; e questa massima è conforme all' insegnamento del Voet: « Si Statutis quædam enumeratio fiat personarum aut causarum privilegiatarum, non præcise eo intelligi debent ordine potiores quo recensiti sunt. » (1) Quando si tratta dei privilegi ge-

(1) Lib. 20, tit. 4, n. 26.

nerali dell' articolo 2101, il numero onde sono distinti serve anche a determinare il loro grado, e ciò perchè il detto articolo dichiara espressamente che i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili si esperimentano con l'ordine onde sono enunziati. Al contrario quando vengono in lotta tra loro privilegi speciali, la preferenza e il grado a ciascuno competente devono necessariamente fissarsi colla regola stabilita dall' articolo 2096, ossia il grado di favore a ciascuno attribuito dalla legge deve essere la misura del rango da assegnarsi nella graduatoria.

288. Può verificarsi il caso che tutti i privilegi generali contemplati nell'articolo 2101 concorrano ad un tempo tra loro, perchè nulla osta che in un giudizio di universale concorso si presentino per essere soddisfatti i creditori delle spese giudiziali sostenute per l' interesse della massa, e quei delle spese funeratizie, i medici, i farmacisti e i chirurghi, le persone di servizio, e coloro che somministrarono al debitore ed alla sua famiglia gli alimenti. Non vi è alcuna incompatibilità nel concorso di tutti questi privilegi generali; prevedendo il quale l' articolo 2101 ha saviamente stabilito che debbano esperimentarsi con l' ordine onde furono nominatamente indicati. Ma trattandosi di privilegi speciali, in molti casi il simultaneo loro concorso riesce impossibile. Imperocchè alcuni di questi privilegi speciali indicati nell' articolo 2102 non competono e non possono esercitarsi, se il creditore non è in possesso della cosa su cui reclama il privilegio, e non potendo la stessa cosa essere ad un tempo nel materiale possesso di due diverse persone, è chiaro che in tutti quei casi, in cui il possesso della cosa è una condizione indispensabile all' esercizio del privilegio, il simultaneo concorso e conflitto di più speciali privilegi non possono aver luogo. Il perchè il Duranton parlando dei privilegi speciali dell' articolo 2102 afferma: « Il n'y a concurrence que dans un bien petit nombre de cas. » (1) Anche il Persil insegnando, che nel caso di conflitto di più privilegi speciali il rango deve essere determinato dalla qualità del credito, e dal grado di favore a ciascuno accordato dal legislatore, e non dal numero onde furono indicati nell' articolo 2102, non esita a dichiarare: « Dans les divers cas, d'ailleurs très rares, où ces privilèges peuvent concourir. » (2)

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 69.
(2) Art. 2102, Observat. supplém., n. 2.

289. Il locatore, p. e., non potrà trovarsi in concorrenza col creditore pignoratario, nè coll'albergatore, perchè i mobili che formano il soggetto del privilegio del locatore, non possono essere nello stesso tempo nella casa o nel fondo affittato, e nelle mani di un creditore pignoratario o nell'albergo di un albergatore, per la ragione che nella L. 3, § 5, D. *De adquir. vel amit. pos.*, dà Paolo: « Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam cœppe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris....... Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. » Può però il locatore trovarsi in conflitto col creditore delle somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta o per gli utensili, col venditore dei mobili introdotti nella casa o nel fondo, e col creditore di spese fatte per la conservazione dei detti mobili. Il conflitto tra il locatore e il creditore delle somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta, o per gli utensili, è deciso dall'articolo 2102, il quale dichiara che le somme dovute per le sementi o per le spese della raccolta sono pagate sul prezzo della raccolta medesima, e quelle dovute per gli utensili sopra il prezzo degli utensili stessi in preferenza del locatore. Lo stesso articolo 2102 decide pur anche il caso del conflitto tra il locatore e il venditore dei mobili introdotti nella casa o nel fondo affittato, dichiarando che il privilegio del venditore non è esercibile se non dopo quello del locatore, quando non sia provato che il medesimo locatore fosse informato che i mobili e gli altri oggetti inservienti alla casa o al fondo affittato non erano di pertinenza del locatario.

Ma nel caso di conflitto tra il locatore e il creditore di spese fatte per la conservazione dei mobili che servono a guernire la casa appigionata o l'affittanza, a chi sarà data la preferenza? Il Persil (1) accorda la preferenza al locatore. Se il privilegio del venditore, egli dice, che si fonda nel gius di proprietà, deve tacere a fronte del privilegio del locatore, a più forte ragione il locatore deve essere preferito a chi è creditore delle spese di conservazione, il cui titolo alla per fine è men forte del gius di proprietà, da cui deriva il privilegio del venditore. Il Persil decide il dubbio nel modo ora detto in termini assoluti e generali

(1) Questions sur les Privil., chap. 2, § 9.

senza distinguere se le spese di conservazione siano state fatte prima o durante l'affitto. Il Duranton decide questo medesimo dubbio con una distinzione. O le spese di conservazione sono state fatte prima che i mobili rimanessero gravati dal privilegio del locatore, o dopo. Se prima, il Duranton accorda al locatore la preferenza. Imperocchè se il locatore acquista *ipso jure* il privilegio su tutto ciò che serve a mobiliare la casa o l'affittanza, quando anche il conduttore non ne sia il proprietario, se il locatore è preferito al venditore non soddisfatto del prezzo dei mobili venduti, a più forte ragione deve aver diritto di esercitare liberamente il suo privilegio preferibilmente a chi è semplicemente creditore di spese di conservazione. Solamente secondo l'opinione del Duranton il locatore dovrebbe essere posposto, quando fosse provato che egli era informato che i mobili introdotti nella casa o nel fondo erano già gravati di privilegio a favore del creditore delle spese di conservazione. Se al contrario le spese di conservazione sono state fatte durante l'affitto, ossia dopo che i mobili erano già gravati dal privilegio del locatore, allora il Duranton accorda la preferenza alle spese di conservazione, e ciò perchè tali spese, conservato avendo le cose, sulle quali ha il locatore radicato il suo privilegio e fondata la sua garanzia, tornarono in vantaggio dello stesso locatore. (1) Anche il Troplong (2) decide il dubbio nello stesso modo facendo la medesima distinzione ora detta; ed io non saprei quale ragionevole objezione si potesse opporre alla opinione del Duranton e del Troplong. Imperocchè rispetto alle spese di conservazione fatte durante l'affitto su mobili gravati già di privilegio a favore del locatore, si può con tutta ragione ripetere ciò che dice la L. 6, D. *Qui pot. in pignor.*, altra volta citata: *hujus pecunia salvam fecit totius pignoris causam;* e con tutto il diritto è applicabile la massima stabilita dalla L. 5, D. del citato titolo: « Interdum posterior potior est priori; ut puta, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit. »

290. Quanto al creditore pignoratario, esso per le ragioni or ora dette non può trovarsi in conflitto nè col locatore, nè coll'albergatore. È ben vero che un conduttore può mobiliare la casa appigionata con qualche mobile ricevuto in pegno, ed esservi

(1) Liv. 3, tit. 18, n. 106, 107, 109.
(2) Art. 2096, n. 57, 58, 62.

apparentemente un conflitto tra il credito del locatore ed il pegno. Ma non può esservi vero conflitto, se amendue i creditori che vantano privilegio sulla stessa cosa, non siano creditori di un comun debitore. (1) Nel supposto caso ciò punto non si verifica, perchè il locatore è creditore del conduttore, e il conduttore non solo non è il debitore comune, ma è anzi il creditore pignoratario. Il conflitto dunque è apparente. Vi potrà essere contestazione tra il locatore e il debitore che diede la cosa in pegno al conduttore, ma non per questo si verifica un conflitto di due privilegi, perchè il locatore non è creditore del debitore pignorante, col quale non stipulò alcun contratto, e il debitore pignorante reclama non per diritto di privilegio, ma *jure dominii* la cosa data in pegno al conduttore, e in questo conflitto la proprietà, come si disse, deve cedere al privilegio. Nè pure può verificarsi il conflitto tra il privilegio del pegno e quello del venditore, sebbene il venditore ed il creditore pignoratario siano creditori dello stesso comun debitore, (2) e ciò perchè il venditore della cosa data in pegno dal compratore gode del privilegio sì veramente che la cosa venduta esista tuttora in possesso del compratore; laddove il privilegio non sussiste sul pegno, se non in quanto lo stesso pegno sia stato consegnato e sia rimasto in potere del creditore, o di un terzo eletto dalle parti. (3) E quand'anche potesse esservi conflitto tra il creditore pignoratario e il venditore, la preferenza dovrebbe darsi certamente al creditore pignoratario, perchè se al venditore è preferito il locatore, a più forte ragione deve essere preferito il creditore pignoratario. (4) Il privilegio del creditore pignoratario può trovarsi in conflitto con quello delle spese fatte per la conservazione della cosa; e in questo caso deve farsi la stessa distinzione, e decidersi il dubbio nel modo stesso che fu risoluto nel caso di conflitto tra il locatore e il creditore delle spese di conservazione. O si tratta di spese fatte anteriormente alla costituzione del pegno, e il privilegio del creditore pignoratario vince quello delle spese; o si tratta di spese fatte dopo, e il privilegio delle spese fatte per la conservazione del pegno non può non es-

(1) Troplong, art. 2096, n. 42.
(2) Troplong, art. 2096, n. 49.
(3) Pag. 259, n. 246.
(4) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 105.

sere preferito a quello del creditore pignoratario, per l'interesse del quale non meno che del debitore pignorante le spese furono fatte. (1) Noi abbiamo considerato il privilegio delle spese di condotta sotto il medesimo aspetto delle spese fatte per la conservazione di una cosa; (2) e se il creditore pignoratario è preferito alle spese di conservazione fatte anteriormente alla costituzione del pegno, sarà anche preferito a quelle di condotta.

291. Il privilegio delle spese fatte per la conservazione della cosa, come quello che può esercitarsi senza bisogno che il creditore sia in possesso della cosa conservata, può concorrere col locatore, col creditore pignoratario, coll'albergatore; e il dubbio, a cui dà luogo il conflitto, si scioglie colla distinzione già detta. Potranno anche le spese fatte per la conservazione concorrere col venditore, e in questo caso la distinzione sopra fatta torna inutile, perchè le spese di conservazione fatte prima che il venditore abbia acquistato il privilegio sarebbero appunto spese anteriori alla vendita, delle quali il venditore stesso sarebbe il debitore. Quanto poi alle spese di conservazione fatte dopo la vendita, ossia dopo che il venditore convertì il suo dominio in un diritto di privilegio, è chiaro che devono essere preferite al venditore, al quale conservarono la cosa che è il soggetto del suo privilegio.

Se la vendita è stata fatta senza dilazione al pagamento del prezzo, il venditore oltre il privilegio ha altresì il diritto di rivendicazione. Supposto pertanto che nell'intervallo dalla vendita all'esercizio della rivendicazione siano state fatte sulla cosa venduta spese di conservazione, il Duranton (3) afferma che il venditore non potrebbe muovere la rivendicazione in pregiudizio del creditore delle spese di conservazione, e che l'esercizio di una tale azione sarebbe subordinato alla condizione del rimborso di dette spese. Io a questa opinione non posso aderire. Il venditore ha due diritti, il privilegio e la rivendicazione, il primo, competente in ogni caso, sia che abbia venduto con dilazione al pagamento del prezzo, o senza; il secondo, nel caso solo della vendita fatta senza dilazione al pagamento. Se il venditore esercita il privilegio, allora concorrendo con lui il creditore delle spese

(1) Duranton, liv. 3, tit. 18, n. 105.
(2) Pag. 289, n. 273.
(3) Liv. 3, tit. 18, n. 110.

di conservazione, la lotta nasce tra due diritti della stessa natura, ossia tra due privilegi, e la prelazione per le ragioni già dette deve accordarsi alle spese fatte per la conservazione della cosa. Ma quando il venditore muove la rivendicazione, allora la lotta nasce tra due diritti di natura affatto diversa e non può più farsi una questione di prelazione, perchè il venditore muove la rivendicazione non già come creditore, ma *jure dominii*. Ora perchè l'esercizio di quest'azione di rivendicazione dovrà essere subordinato ad una condizione non imposta dalla legge? Se il creditore delle spese di conservazione sarà in possesso della cosa che il venditore intende di rivendicare, potrà senza dubbio all'azione di rivendicazione opporre il gius di ritenzione per ottenere il rimborso delle spese; ma se egli non trovasi in possesso della cosa, e non può per difetto di possesso invocare il beneficio del diritto di ritenzione, invano ricorrerebbe al gius di privilegio che l'articolo 2102 gli accorda per impedire gli effetti dell'azione di rivendicazione che indipendentemente dal privilegio la legge dà al venditore sotto le sole condizioni, che la vendita sia fatta senza dilazione al pagamento, che l'azione sia proposta entro otto giorni dal fatto rilascio, e che la cosa venduta si trovi in possesso del compratore, e in quello stato medesimo in cui era al tempo della consegna.

292. Il venditore di effetti mobiliari, che non ha bisogno di essere in possesso della cosa per esercitare il suo privilegio, può concorrere col locatore, col creditore delle spese fatte per la conservazione della cosa dopo la vendita, coll'albergatore e colle spese di condotta. Il conflitto tra il locatore e il venditore è deciso dalla legge col nº 4º dell'articolo 2102. Per le stesse ragioni che la legge accorda la preferenza al locatore, anche l'albergatore deve essere preferito al venditore. Le spese di conservazione fatte dopo la vendita, come quelle che giovarono al venditore, non possono, come si disse, non essere preferite al privilegio dello stesso venditore. Lo stesso dicasi delle spese di condotta, al cui privilegio abbiamo attribuito la stessa causa che serve di fondamento al privilegio attribuito alle spese di conservazione.

293. L'albergatore per la ragione già detta non può concorrere col locatore e col creditore pignoratario; ma può concorrere col creditore delle spese di conservazione, col venditore, e col cre-

ditore delle spese di condotta. Dovendo trovarsi nell'albergo gli effetti del viandante, sui quali l'albergatore intende esercitare il privilegio, il grado di prelazione che gli compete deve misurarsi colla stessa regola onde si misura il privilegio del locatore.

294. Secondo l'opinione da noi seguíta il creditore delle spese di condotta può esercitare il suo privilegio senza bisogno di essere in possesso delle cose condotte, e ciò che abbiamo detto intorno al privilegio delle spese fatte per la conservazione della cosa è applicabile altresì al privilegio delle spese di condotta nel caso di conflitto cogli altri privilegi speciali. Che se i privilegi delle spese fatte per la conservazione della cosa, e delle spese di condotta verranno in concorso e in conflitto tra loro, allora la preferenza dovrà darsi alle spese di conservazione, se furono fatte posteriormente a quelle di condotta; e viceversa dovrà darsi alle spese di condotta, se il credito di queste sarà nato posteriormente all'esistenza del credito delle altre, e ciò perchè le spese ultime, o di conservazione o di condotta, giovarono anche al privilegio delle anteriori, conservando la cosa sulla quale era già radicato il privilegio di dette spese anteriormente fatte. La causa che noi abbiamo assegnata al privilegio delle spese di condotta ci guida a questo risultato.

295. Quanto finalmente ai crediti risultanti da abusi e prevaricazioni commesse dai funzionarj pubblici nell'esercizio delle loro incombenze, essendo il loro privilegio radicato sopra i capitali dati espressamente in cauzione, non può temere il concorso degli altri privilegi speciali dell'articolo 2102. (1)

296. Il Codice del Regno delle Due Sicilie ha lasciata indecisa, come ha fatto il Codice Napoleone, la questione, a chi e con qual ordine debba assegnarsi la preferenza nel caso di conflitto di più privilegi speciali. Al contrario il Codice di Parma ha con più saggio consiglio determinato nell' articolo 2160 l' ordine, onde hanno ad essere pagati i creditori aventi special privilegio sopra certi mobili, se vengono in concorso tra loro. Secondo pertanto il detto articolo sopra i raccolti delle terre affittate o ammezzadrate sono preferiti al locatore ed al padrone i creditori per le sementi e per le spese della raccolta e della coltivazione; tra queste spese però si pagano: 1° quelle della raccolta, 2° quelle di coltivazione, 3° quelle delle sementi. Sopra

(1) Troplong, art. 2096, n. 72.

gli utensili che servono alla coltivazione, il locatore ed il padrone sono posposti a chi li vendette, anche avuta fede del prezzo, ed all' operajo che li ha racconciati; tra l' operajo però e il venditore è preferito il primo. Sopra i mobili introdotti nella casa, o nel fondo affittato, o ammezzadrato, viene preferito al locatore o padrone chi li ha venduti senz' aver fede del prezzo, quando questi promova la rivendicazione nel termine prefisso dalla legge, e quando il locatore o il padrone sapeva che i mobili non appartenevano all' inquilino, conduttore, o mezzajuolo: vengono pure preferiti al locatore ed al padrone l' artefice e l' operajo per le mercedi sopra la cosa, intorno a cui hanno eseguito il loro lavoro. Finalmente il creditore sopra il pegno, di cui si trova in posseso; l' albergatore sopra le robe del viandante che sono state introdotte nel suo albergo; il condottiere e barcajuolo per le spese di condotta, e le accessorie sopra la cosa condotta, sono preferiti al venditore della cosa, ancorche abbia diritto di rivendicazione, tranne il caso in cui il pignoratario, l' albergatore, e il condottiere sapessero che il prezzo della cosa rimaneva a pagarsi.

Il Codice di Sardegna dispone nell' articolo 2157, n° 6°, che in caso di concorso di varj creditori privilegiati, i privilegi contemplati ai numeri 3, 5, e 6 dello stesso articolo 2157, cioè le spese fatte per la conservazione o miglioramento de' mobili esistenti ancora presso coloro che hanno fatto le dette spese, le somministrazioni e le mercedi di un albergatore, e le spese di trasporto, saranno preferiti a quello del venditore; e che nel concorso de' privilegi contemplati a' numeri 5 e 6 si darà la preferenza a quello indicato nel numero 6, ossia alle spese di trasporto.

Il Regolamento Ipotecario degli Stati Pontificj, non volendo lasciare aperto il campo alle dispute nel caso di concorso dei privilegi speciali tra loro, dispone nel § 73 che l' ordine, col quale vengono indicati i privilegi sopra beni mobili o sopra beni immobili, determina la preferenza dei creditori, allorchè concorrono fra loro.

Anche il Motuproprio Toscano *sopra i privilegi e le ipoteche* dichiara nell' articolo 49, che l' ordine di numerazione determina la respettiva preferenza dei creditori designati all'arcolo 19, se ha luogo concorso tra essi, ossia dei creditori che

hanno privilegio sopra alcuni mobili soltanto. Dispone inoltre nell' articolo 54, che il pegno non ammette concorrenza di privilegi, e il creditore si paga col medesimo prelativamente ad ogni altro. Quest' ultima disposizione è in piena armonia coll'articolo 3, il quale dichiara essere dovuta prelazione ai creditori a favore dei quali ricorre o un privilegio, o il pegno, o il beneficio della separazione dei patrimonj, o l' ipoteca. Essendo considerato il pegno non già come un privilegio, ma come un titolo distinto e diverso dai privilegi e dalle ipoteche, che attribuisce prelazione al creditore, non poteva ammettersi in alcuna maniera concorrenza tra il pegno e i privilegi.

Il Codice di Modena, attenendosi all' articolo 2160 del Codice di Parma, ha esso pure determinato il grado da assegnarsi ai diversi privilegi speciali, disponendo nell' articolo 2151 ciò che segue: « *Se vengono in concorso i creditori aventi speciale privilegio sopra certi mobili, sono pagati nell' ordine che segue:*

» *Sopra i raccolti delle terre affittate o date a colonia sono preferiti al locatore od al padrone i creditori per le sementi e per le spese della raccolta e della coltivazione, qualora dette sementi e spese sieno date o fatte colla scienza ed adesione dello stesso locatore o padrone: tra queste spese però si pagano*

1° *Quelle della raccolta,*

2° *Quelle della coltivazione,*

3° *Quelle delle sementi.*

» *Sopra gli utensili che servono alla coltivazione, il locatore ed il padrone sono posposti a chi li vendette, anche avuta fede del prezzo, ed all' operajo che li ha racconciati; tra l' operajo però e il venditore è preferito il primo.*

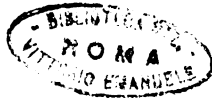
» *Sopra i mobili introdotti nella casa, o nel fondo affittato o dato a colonia, viene preferito al locatore o al padrone chi li ha venduti senz' aver fede del prezzo, quando questi promuova la rivendicazione nel termine prefisso dalla legge, e quando il locatore o il padrone sapeva che i mobili non appartenevano all' inquilino, conduttore o colono: vengono pure preferiti al locatore ed al padrone l' artefice e l' operajo per le mercedi sopra la cosa, intorno a cui hanno eseguito il loro lavoro.*

» *Il creditore sopra il pegno di cui si trova in possesso, l' albergatore sopra le robe del viandante che sono state intro-*

dotte ed esistono nel suo albergo, il condottiere e barcajuolo per le spese di condotta, e le accessorie sopra la cosa trasportata, sono preferiti al venditore della cosa, ancorchè abbia diritto di rivendicazione, tranne il caso in cui il pignoratario, l' albergatore e il condottiere sapessero che il prezzo della cosa rimaneva da pagare. »

L' unica differenza tra l' articolo 2160 del Codice di Parma e l' articolo 2151 del Codice di Modena sta in questo, che il primo sopra i raccolti delle terre preferisce al locatore ed al padrone i creditori per le sementi e per le spese della raccolta e della coltivazione in modo assoluto e senza condizioni; laddove il secondo accorda una tale preferenza, qualora dette sementi e spese sieno date o fatte colla scienza ed adesione dello stesso locatore o padrone.

297. Prima di por fine alla materia che riguarda i privilegi sopra i mobili, sarebbe da dire di un altro privilegio, quello competente ai creditori ed ai legatarj che dimandano la separazione del patrimonio del defunto. Ma siccome un tale privilegio colpisce tanto i mobili quanto gl' immobili della eredità, così mi rimarrò del parlarne ora, riserbandomi di tenerne discorso nel secondo volume, allora che mi farò a ragionare dei privilegi che si estendono sopra i mobili e sopra gl' immobili.

FINE DEL VOLUME PRIMO.

INDICE

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL PRIMO VOLUME.

Librai, presso i quali si potrà trovare la presente Opera.

A Firenze, alla Tipografia Le Monnier.
Livorno, G. Mazzaioli.
Siena, O. Porri.
Lucca, Giuseppe Lupi.
Pisa, Carlo Nistri.
» Luigi Giannelli.
Genova, Gio. Grondona.
Torino, Ved. Reviglio e fig.
Novara, Enrico Crotti.
Milano, G. Brigola e C.
» F. Perelli.
Verona, Libreria alla Minerva.
Venezia, Pietro Siepi.
Trieste, Libreria Schubart.
» C. Coen.
Bologna, Marsigli e Rocchi.
Roma, Gio. Gallarini.
Napoli, G. Marghieri.
Palermo, D. Sandron.
Messina, B. D' Amico.

Prezzo di questo Volume: Franchi 4. 50.